Rahman Syamsuddin S.H., M.H.
Ismail Aris, S.H.

MERAJUT HUKUM Di Indonesia

Mitra Wacana Media
Penerbit

Rahman Syamsuddin, SH., MH.
Ismail Aris, SH.

Merajut Hukum di Indonesia

Editor Ahli
Amiruddin Pabbu, SH., MH.

Mitra Wacana Media
PENERBIT

MERAJUT HUKUM DI INDONESIA
Rahman Syamsuddin, SH., MH.
Ismail Aris, SH.

Editor
Amiruddin Pabbu, SH., MH.

Edisi Asli
Hak Cipta © 2014, Penerbit Mitra Wacana Media
Telp. : (021) 824-31931
Faks. : (021) 824-31931
Website : http//www.mitrawacanamedia.com
E-mail : mitrawacanamedia@gmail.com

Hak cipta dilindungi undang-undang. Dilarang memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini dalam bentuk apa pun, baik secara elektronik maupun mekanik, termasuk memfotokopi, merekam, atau dengan menggunakan sistem penyimpanan lainnya, tanpa izin tertulis dari Penerbit.

UNDANG-UNDANG NOMOR 19 TAHUN 2002 TENTANG HAK CIPTA
1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak mengumumkan atau memperbanyak suatu ciptaan atau memberi izin untuk itu, dipidana dengan pidana penjara paling lama **7 (tujuh) tahun** dan/atau denda paling banyak **Rp 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)**.
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama **5 (lima) tahun** dan/atau denda paling banyak **Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)**.

Syamsuddin, Rahman
Aris, Ismail

Merajut Hukum di Indonesia/Rahman Syamsuddin/Ismail Aris

—Jakarta: Mitra Wacana Media, 2014
1 jil., 14 x 21 cm, 342 hal.

ISBN: 978-602 -1353-35-6
1. Hukum 2. Merajut Hukum di Indonesia
I. Judul II. Rahman Syamsuddin, SH., MH./Ismail Aris, SH.

KATA PENGANTAR

Dalam kurikulum Jurusan hukum program Sarjana tercantum mata kuliah Pengantar Hukum Indonesia dan Sistem Hukum Indonesia, suatu mata kuliah yang memberikan pemahaman mahasiswa bentuk hukum dan sistem hukum yang berlaku di suatu negara. Berdasarkan pengalaman dan pemahaman tentang hukum yang ada maka sebagian mahasiswa mengusulkan supaya dibuatkan buku pegangan kuliah mahasiswa pada mata kuliah tersebut.

Berdasarkan pertimbangan itu, saya berusaha memperbaiki menyusun naskah tersebut dan disusun dalam format naskah buku pegangan kuliah mahasiswa yang disesuaikan dengan kurikulum yang berlaku. Merajut hukum bukan hanya berarti metode membangun hukum tetapi melihat sejarah hukum yang berlaku dan melakukan pembaharuan hukum yang ada.

Mudah-mudahan buku sederhana ini bermanfaat bagi pembaca. Karya manusia selalu ada cacat celanya, tidak luput buku sederhana ini. Segala saran, tegur, kritik yang bertujuan menyempurnakan buku ini disambut dengan ucapan terima kasih. Semoga Allah selalu memberi petunjuk kepada kita semua.

Makassar, Februari 2014

Penulis

TENTANG EDITOR

AMIRUDDIN PABBU, anak ke 4 dari 5 bersaudara lahir di Makassar 1 Juni 1980, telah dikaruniai anak Ahmad Al Ghifari dan Ahmad Al Fatih dari pernikahan dengan Sryhartaty. Pendidikan Pascasarjana Tahun 2004 di Universitas Hasanuddin, memulai Fakultas Kesehatan Masyarakat hingga sekarang sekaligus sebagai Dosen Pascasarjana Universitas Indonesia Timur Makassar dengan mengasuh mata kuliah Sejarah Hukum, Teori Perkembangan Hukum Pidana dan Kapita Selekta Hukum Pidana sampai sekarang. Dan telah menulis buku Kode Etik dan Hukum Kesehatan, Kapita Selekta Hukum Pidana dan Hukum Tenaga Profesi Kesehatan.

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR ..... **iii**
TENTANG EDITOR ..... **V**
DAFTAR ISI ..... **VII**

BAB 1 PENDAHULUAN **1**
A. Sistem 1
B. Hukum 1
C. Hukum Sebagai Suatu Sistem 2

BAB 2 SISTEM HUKUM **5**
A. Civil Law 5
B. Common Law 7
C. Hukum Islam 9

BAB 3 HUKUM DAN MASYARAKAT **13**
A. Manusia dan Masyarakat 13
B. Norma Dalam Masyarakat 14

BAB 4 NEGARA HUKUM **19**
A. *Raison D'etre*-Nya Hukum 19
B. Hubungan Masyarakat, Negara, Dan Hukum 20

BAB 5 TUJUAN DAN FUNGSI HUKUM **23**
A. Tujuan Hukum 23
B. Fungsi Hukum 26

BAB 6 ILMU HUKUM **33**
A. Hak Dan Kewajiban 33
B. Keadilan 37
C. Masyarakat Hukum 39

D. Subjek Hukum 39
E. Objek Hukum 40
F Peristiwa Hukum 41
G. Perbuatan Hukum 42
H. Hubungan Hukum 44
I. Akibat Hukum 45

BAB 7 SUMBER HUKUM 47
A. Definisi Sumber Hukum 47
B. Jenis-Jenis Sumber Hukum 47

BAB 8 KLASIFIKASI HUKUM..... 53
A. Hukum Menurut Fungsinya 53
B. Hukum Menurut Saat Berlakunya. 53
C. Hukum Menurut Daya Kerjanya. 53
D. Hukum Menurut Bentuknya..... 54
E. Hukum Menurut Wilayah Berlakunya 54
F. Hukum Menurut Isinya 54
G. Hukum Menurut Sumbernya 55
H. Hukum Menurut Wujudnya 55

BAB 9 ASAS HUKUM 57
A. Pengertian Asas Hukum 57
B. Asas Hukum Pidana 60
C. Asas Hukum Perdata 61
D. Asas Hukum Tata Negara 63
E. Asas Hukum Administrasi Negara 64
F. Asas Hukum Internasional 65
G. Asas Hukum Acara 66

BAB 10 PENEGAKAN HUKUM..... 69
A. Pemahaman Penegakan Hukum 69
B. Lembaga/Pihak Dalam Penegakan Hukum 71
C. Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum 76

BAB 11 HUKUM TATA NEGARA 83
A. Definisi Hukum Tata Negara 83
B. Sumber Hukum Tata Negara 89
C. Konsepsi Konstitusi Dan Konstitusionalisme 95
D. Konsepsi Lembaga Negara 105
E. Sistem Pemerintahan 124
F. Hak Asasi Manusia 131
G. Pemilihan Umum 149
H. Pembaharuan Hukum Tata Negara 173

BAB 12 HUKUM ADMINISTRASI NEGARA 177
A. Konsepsi Negara Hukum 177
B. Pengertian Dan Ruang Lingkup Hukum Administrasi Negara 178
C. Kedudukan Dan Kewenangan Administrasi Negara 180
D. Macam-Macam Perbuatan Hukum Pemerintah 181
E. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak 182

BAB 13 HUKUM PIDANA 191
A. Definisi Hukum Pidana 191
B. Delik Atau Perbuatan Pidana 192
C. Teori Kesalahan 200
D. Konsepsi Ajaran Sifat Melawan Hukum Pidana (*Wederechtelijkheid*) 202
E. Teori Penyertaan (*Deelneming*) 210
F. Teori Percobaan (Attemp/Poging) 222
G. Teori Pertanggung Jawaban Pidana 234
H. Hapusnya Hak Penuntutan Pidana Dan Eksukusi 238
I. Teori Pemidanaan 243
J. Pembaharuan Hukum Pidana 252

BAB 14 HUKUM PERDATA 257
A. Definisi Hukum Perdata 257
B. Teori Badan Hukum 260
C. Pembagian Badan Hukum 272
D. Hukum Keluarga 287
E. Hukum Perikatan 299
F. Hukum Pembuktian 300

BAB 15 HUKUM INTERNASIONAL 305
A. Pengertian Hukum Internasional 305
B. Sejarah Dan Perkembangan Hukum Internasional 308
C. Bentuk-Bentuk Hukum Internasional 313
D. Sumber-Sumber Hukum Internasional 314

DAFTAR PUSTAKA 319
BUKU 319
WEBSITE 331

BAB 1 PENDAHULUAN

A. SISTEM

Banyak sekali pemahaman mengenai definisi sistem, setiap pakar memberikan masing-masing pendapatnya, namun dapat kiranya jika pemahaman tentang sistem adalah sebagai berikut: "sistem adalah suatu kompleksitas elemen yang terbentuk dalam satu kesatuan interaksi (proses); masing-masing elemen terikat dalam satu kesatuan hubungan yang satu sama lain saling bergantung (*interdependence of its parts*); kesatuan elemen yang kompleks itu membentuk satu kesatuan yang lebih besar, yang meliputi keseluruhan elemen pembentuknya itu (*the whole is more than the sum of its parts*); keseluruhan itu menentukan ciri dari setiap bagian pembentuknya (*the whole determines the natures of its parts*); bagian keseluruhan itu tidak dapat dipahami jika ia dipisahkan, atau dipahami secara terpisah dari keseluruhan itu (*the parts cannot be understood if considered in isolation from the whole*); bagian-bagian itu bergerak secara dinamis secara mandiri atau secara keseluruhan dalam keseluruhan (sistem) itu".[1]

Pendapat lainnya yang lebih sederhana untuk dimengerti adalah bahwa sistem sebagai jenis satuan yang dibangun dengan komponen-komponen sistemnya yang berhubungan secara mekanik fungsional yang satu dengan yang lainnya untuk mencapai tujuan sistemnya.[2]

B. HUKUM

Tidak mudah untuk merumuskan definisi atau menjawab pertanyaan "apakah hukum itu?". Dalam perkembangannya justru memunculkan dua kubu yang berbeda pendapat. Pendapat pertama diantaranya menyatakan bahwa tidak mungkin memberikan definisi tentang hukum, yang sungguh-

1 Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa Putra, Hukum Sebagai Suatu Sistem, Bandung: Mandar Maju,, 2003, hal. 65

2 Bachsan Mustofa, Sistem Hukum Indonesia Terpadu, Bandung: Citra Aditya Bakti,, 2003, hal. 5.

sungguh dapat memadai kenyataan. Kubu ini dipengaruhi oleh pendapat beberapa pakar hukum, salah satunya adalah I. Kisch yang mengatakan "*doordat het recht onwaarneembaar is onstaat een moelijkheid bij het vinden van een algemeen bevredigende definitie*", "Oleh karena hukum itu tidak dapat ditangkap pancaindera, maka sukar membuat suatu definisi hukum yang memuaskan umum".[3] Kubu ini dapat dibenarkan, apalagi jika kembali ke ungkapan lama yang ditulis oleh Peter Mahmud Marzuki di atas, ditanyakan pada 100 orang tentang definisi hukum bisa jadi 100 definisi yang didapatkan. Sulit untuk mencari definisi hukum yang definitif atau tunggal.

Pendapat kedua mengatakan bahwa definisi itu ada manfaatnya, sebab pada saat itu juga dapat memberi sekedar pengertian pada orang yang baru mulai tentang apa yang dipelajarinya, setidak-tidaknya digunakan sebagai pegangan.[4] Kubu ini juga benar adanya, penting bagi seseorang yang baru memulai belajar ilmu hukum atau bagi masyarakat awam mengetahui atau setidaknya memiliki gambaran yang jelas mengenai definisi hukum. Oleh karena itu lebih bijak jika dirumuskan unsur-unsur dan ciri-ciri yang terkandung dari beranekaragam pendapat tentang definisi hukum. Unsur-unsur tersebut antara lain:[5]

1. peraturan mengenai tingkah laku manusia;
2. peraturan itu dibuat oleh badan berwenang;
3. peraturan itu bersifat memaksa, walaupun tidak dapat dipaksakan;
4. peraturan itu disertai sanksi yang tegas dan dapat dirasakan oleh yang bersangkutan.

Sedangkan ciri-cirinya adalah sebagai berikut:[6]

1. adanya suatu perintah, larangan, dan kebolehan;
2. adanya sanksi yang tegas.

C. HUKUM SEBAGAI SUATU SISTEM

Hukum itu sendiri bukanlah sekedar kumpulan atau penjumlahan peraturan-peraturan yang masing-masing berdiri sendiri-sendiri. Arti pentingnya suatu peraturan hukum ialah karena hubungannya yang

3 Dudu Duswara Machmudin,, Pengantar Ilmu Hukum, Bandung: Refika Aditama,, 2010, hal.6-7.
4 Ibid., hal.7.
5 Ibid., hal.9.
6 Ibid.

sistematis dengan peraturan-peraturan hukum lain. Hukum merupakan sistem berarti hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan kata lain, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. Kesatuan tersebut diterapkan terhadap kompleks unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas hukum, dan pengertian hukum.[7]

Sistem terdapat dalam berbagai tingkat. Dengan demikian, terdapat berbagai sistem. Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional. Kemudian masih dikenal sistem hukum perdata, sistem hukum pidana, sistem hukum administrasi. Di dalam hukum perdata sendiri terdapat sistem hukum keluarga, sistem hukum benda, sistem hukum harta kekayaan dan sebagainya.[8]

Sistem hukum merupakan sistem terbuka (mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungannya). Sistem hukum merupakan kesatuan unsur-unsur (yaitu peraturan, penetapan) yang dipengaruhi oleh faktor-faktor kebudayaan, sosial, ekonomi, sejarah, dan sebagainya. Sebaliknya, sistem hukum mempengaruhi faktor-faktor di luar sistem hukum tersebut. Peraturan-peraturan hukum itu terbuka untuk penafsiran yang berbeda, oleh karena itu selalu terjadi pengembangan.[9]

Menurut Lawrence M. Friedman, bahwa suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks di mana struktur, substansi, dan kultur berinteraksi.[10] *struktur* adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum. *Substansi* (peraturan-peraturan) adalah elemen lainnya.[11] Selanjutnya Friedman mengatakan, bahwa *struktur* sebuah sistem yudisial terbayang ketika kita berbicara tentang jumlah para hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara *substansi* tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana

7 Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum;Suatu Pengantar, Yogyakarta: Liberty, 2005, hal. 122.
8 Ibid., hal. 123.
9 Ibid., hal. 124.
10 Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective, New York: Russel Sage Foundation, 1975, Diterjemahkan kedalam Bahasa Indonesia oleh M. Khazim, Sistem Hukum- Perspektif Ilmu Sosial, Bandung: Nusa Media, 2009, hal. 17.
11 Ibid.,, hal. 15.

institusi-institusi itu harus berperilaku.[12] Sedangkan, kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada pada kultur umum-adat kebiasaan, opini, cara bertindak dan berpikir yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauh dari hukum dan dengan cara-cara tertentu.

Lebih lanjut lagi, bahwa "sistem hukum merupakan suatu kesatuan sistem yang tersusun atas integralitas berbagai komponen sistem hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam satu kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, mempengaruhi, bergerak dalam kesatuan proses, yaitu proses sistem hukum, untuk mewujudkan tujuan hukum. Sistem hukum merupakan satu kesatuan sistem besar yang tersusun atas sub-subsistem yang lebih kecil, yaitu sub sistem pendidikan, pembentukan hukum, penerapan hukum dan lain-lain, yang hakikatnya merupakan sistem tersendiri dengan proses tersendiri pula. Adapun komponen-komponen sistem hukum tersebut adalah:[13]

1. Masyarakat Hukum; himpunan kesatuan-kesatuan hukum, baik individu maupun kelompok, sekaligus tempat hukum itu diterapkan.
2. Budaya Hukum; pemikiran-pemikiran manusia dalam usahanya mengatur kehidupannya.
3. Filsafat Hukum; formulasi nilai tentang cara mengatur kehidupan manusia.
4. Ilmu Hukum; media komunikasi antara teori dan praktik hukum sekaligus media pengembangan teori, desain, konsep hukum.
5. Konsep Hukum; formulasi kebijaksanaan hukum yang ditetapkan oleh suatu masyarakat hukum.
6. Pembentukan Hukum; bagian proses hukum yang meliputi lembaga aparatur-dan saran pembentukan hukum.
7. Bentuk Hukum; hasil proses pembentukan hukum.
8. Penerapan Hukum; proses kelanjutan dari proses pembentukan hukum, meliputi lembaga-aparatur-saran-prosedur penerapan hukum.
9. Evaluasi Hukum, proses pengujian kesesuaian antara hasil penerapan hukum dengan undang-undang atau tujuan hukum yang telah dirumuskan sebelumnya.

12 Ibid., hal. 16

13 H.Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa Putra, Op.cit., hal. 149-151.

BAB 2

SISTEM HUKUM

A. CIVIL LAW[14]

Civil Law adalah sistem hukum yang banyak dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental yang didasarkan pada hukum Romawi. Disebut demikian karena hukum Romawi pada mulanya bersumber pada karya agung Kaisar Iustinianus Corpus Iuris Civilis. Karena banyak dianut negara Eropa Kontinental, *Civil Law* sering dinamakan sistem kontinental. Negara-negara bekas jajahan negara-negara Eropa Kontinental juga menganut sistem *Civil Law*.

Sistem *Civil Law* memiliki 3 karakteristik, yaitu: (1) adanya kodifikasi; (2) hakim tidak terikat kepada preseden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama; dan (3) sistem peradilan bersifat inkuisitorial. Inkuisitorial maksudnya, bahwa dalam sistem itu, hakim mempunyai peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutus perkara. Hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Hakim di dalam *Civil Law* berusaha mendapatkan gambaran lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal.

Bentuk sumber-sumber hukum dalam arti formal dalam sistem *Civil Law* berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi. Di mana peraturan perundang-undangan menjadi rujukan yang pertama. Negara-negara penganut *Civil Law* menempatkan konstitusi tertulis pada urutan tertinggi dalam hierarki peraturan perundang-undangan yang kemudian diikuti dengan undang-undang dan beberapa peraturan di bawahnya.

Di negara yang menganut *Civil Law*, kebiasaan-kebiasaan dijadikan sebagai sumber hukum yang kedua untuk memecahkan berbagai persoalan. Pada kenyataannya undang-undang tidak pernah lengkap. Kehidupan masyarakat begitu kompleks sehingga undang-undang tidak

14 Disarikan dari Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Jakarta: Kencana, 2009, hal. 261-351.

mungkin dapat menjangkau semua aspek kehidupan manusia. Dalam hal inilah dibutuhkan hukum kebiasaan. Patut dicermati, yang menjadi sumber hukum bukanlah kebiasaan melainkan hukum kebiasaan. Kebiasaan tidak mengikat, agar kebiasaan dapat menjadi hukum kebiasaan diperlukan dua hal yaitu: (1) tindakan itu dilakukan secara berulang-ulang dan (2) adanya unsur psikologis mengenai pengakuan bahwa apa yang dilakukan secara terus menerus dan berulang-ulang itu aturan hukum. Unsur psikologis itu dalam bahasa latin disebut *opinion necessitates* yang berarti pendapat mengenai keharusan bahwa orang bertindak sesuai dengan norma yang berlaku akibat adanya kewajiban hukum.

Dalam sistem *Civil Law*, yurisprudensi bukanlah sumber hukum utama, hal ini didasari pandangan bahwa yurisprudensi atau putusan-putusan hakim pengadilan sifatnya konkret dan hanya mengikat pihak-pihak yang bersengketa saja. Bukankan aturan hukum harus bersifat umum dan abstrak? Dapatkah putusan hakim pengadilan yang bersifat konkret dan hanya mengikat para pihak dijadikan sebagai sumber hukum?. Selain itu, di negara-negara *Civil Law*, yurisprudensi rawan untuk dimodifikasi dan dianulir setiap saat. Di negara-negara *Civil Law* yurisprudensi bukanlah sebah hal yang sangat mengikat. Ketika ada putusan hakim pengadilan sebelumnya yang dipakai untuk memutuskan kasus di kemudian hari maka hal itu bukanlah karena putusan hakim sebelumnya mempunyai kekuatan mengikat, melainkan karena hakim yang kemudian menganggap bahwa putusan sebelumnya itu memang dianggap tepat dan layak untuk diteladani. Namun demikian yurisprudensi mempunyai peranan penting dalam pengembangan hukum dan hal semacam itu tidak dapat dibantah oleh negara-negara penganut sistem *Civil Law*.

Meski demikian, walaupun bukan menjadi sumber hukum yang utama, melalui yurisprudensi, hakim juga mempunyai tugas untuk membuat hukum. Hal itu dalam praktik penyelesaian sengketa tidak dapat dihindari manakala terminology yang digunakan undang-undang tidak mengatur masalah yang dihadapi atau undang-undang yang ada bertentangan dengan situasi yang dihadapi. Oleh karena itulah hakim dalam hal ini melakukan pembentukan hukum, analogi, penghalusan hukum atau penafsiran. Kegiatan-kegiatan semacam itu dalam sistem hukum kontinental disebut sebagai penemuan hukum.

B. COMMON LAW[15]

Berikutnya adalah sistem hukum *Common Law*, adalah sistem hukum yang dianut oleh suku-suku Anglika dan Saksa yang mendiami sebagian besar Inggris sehingga disebut juga sistem **Anglo-Saxon**. Negara-negara bekas jajahan Inggris menganut sistem *Common Law*. Akan tetapi, Amerika Serikat sebagai bekas jajahan Inggris mengembangkan sistem yang berbeda dari yang berlaku di Inggris, meskipun masih dalam kerangka sistem *Common Law*. Perkembangan politik, ekonomi, dan teknologi Amerika Serikat yang lebih pesat dari pada yang terjadi di Inggris, menyebabkan Amerika Serikat banyak bertransaksi dengan negara lain. Hal ini berimplikasi pada banyaknya hukum Amerika Serikat yang dijadikan acuan atau landasan transaksi yang bersifat internasional. Oleh karena itulah, sistem *Common Law* pada saat ini lazim disebut sebagai sistem ***Anglo-American***.

Sistem *Common Law* sangat berkembang di Inggris terutama melalui pengadilan kerajaan yang dibentuk semasa Raja William dan pengganti-penggantinya berkuasa. Di wilayah jajahan Inggris, pengadilan kerajaan sangat kuat yang membawahi pengadilan-pengadilan lokal dan hanya sedikit menangani masalah-masalah kaum ningrat sedangkan di lain pihak pengadilan rakyat yang lama tidak lagi digunakan. Hukum yang dikembangkan oleh pengadilan kerajaan secara cepat menjadi suatu hukum yang umum (*common*) bagi semua orang di seantero negeri. Itulah sebabnya sistem hukum Inggris disebut sistem *Common Law*. Perlu juga untuk diungkapkan di sini, bahwa sebenarnya Amerika Serikat merupakan bekas jajahan Inggris, akan tetapi dalam perjalanan kehidupan bernegara, Amerika Serikat mengembangkan sendiri sistem hukum maupun substansi hukumnya. Salah satu perbedaan mencolok di antara keduanya adalah bahwa Amerika Serikat memiliki Konstitusi tertulis sebagai hukum tertinggi di Amerika Serikat. Inggris tidak mengenal suatu konstitusi tertulis, praktik ketatanegaraan Inggris didasarkan atas *Convention* (praktik ketatanegaraan yang dijalankan berdasarkan kebiasaan-kebiasaan). Selain itu Amerika Serikat lebih mengembangkan kodifikasi baik untuk negara bagian maupun negara federal daripada Inggris. Hal itu disebabkan luas dan populasi Amerika Serikat jauh lebih besar daripada Inggris.

15 Disarikan dari Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 261-353.

Sistem *Common Law* mempunyai 3 karakteristik, yaitu: (1) yurisprudensi dipandang sebagai sumber hukum yang terutama, (2) dianutnya doktrin *stare decisis*, dan (3) adanya *adversary system* dalam proses peradilan. Yurisprudensi sebagai sumber hukum utama karena 2 hal, yaitu alasan psikologis dan alasan praktis. Alasan psikologis maksudnya setiap orang yang ditugasi untuk menyelesaikan perkara, ia cenderung sedapat-dapatnya mencari alasan pembenar atau putusan-putusannya merujuk kepada putusan yang telah ada sebelumnya daripada memikul tanggung jawab atas putusan yang dibuatnya sendiri. Sedangkan alasan praktisnya adalah bahwa diharapkan adanya putusan yang seragam karena sering dikemukakan bahwa hukum harus mempunyai kebiasaan dari pada menonjolkan keadilan pada setiap kasus.

Berikutnya adalah doktrin *stare decisis* yang di Indonesia dikenal dengan doktrin "preseden", yaitu hakim terikat untuk menerapkan putusan pengadilan terdahulu baik yang ia buat sendiri atau oleh pendahulunya untuk kasus serupa. Di Inggris, dengan menerapkan doktrin ini otoritas pengadilan bersifat hierarkis, yaitu pengadilan yang lebih rendah harus mengikuti putusan pengadilan lebih tinggi untuk kasus serupa. Preseden yang dimaksud di sini bukanlah putusannya semata, tidak semua apa yang dikatakan oleh hakim dalam menjatuhkan putusan menciptakan suatu preseden. Yang berlaku sebagai preseden adalah pertimbangan-pertimbangan hukum yang relevan dengan fakta yang dihadapkan kepadanya. Pertimbangan-pertimbangan hukum yang dijadikan dasar putusan tersebut dalam ilmu hukum disebut *ratio decidendi*. *Ratio decidendi* inilah yang harus diikuti oleh pengadilan berikutnya untuk perkara serupa. Akan tetapi, perlu juga dikemukakan, bahwa dalam menjatuhkan putusan, hakim tidak hanya mengemukakan pertimbangan-pertimbangan hukum, melainkan juga petimbangan-pertimbangan lain yang tidak mempunyai relevansi dengan fakta yang dihadapi (*obiter dicta*). Akan tetapi dalam perkembangan saat ini, dimungkinkan terjadinya *distinguish* (tidak menggunakannya sebagai pedoman untuk memutuskan kasus-kasus serupa), hal ini terjadi karena adanya perubahan filosofis atas *reasoning* yang melandasi putusan tersebut. Berbeda dengan sistem *Civil Law*, dalam sistem *Common Law*, pengadilan menganut sistem *adversary*. Sistem *inkuisitorial* seperti *Civil Law* sebenarnya juga ada, akan tetapi sistem *adversary* lebih diutamakan. Dalam sistem ini, kedua belah pihak

yang bersengketa masing-masing menggunakan *lawyer*-nya berhadapan di depan seorang hakim. Masing-masing pihak menyusun strategi-strategi sedemikian rupa dan mengemukakan sebanyak-banyaknya alat bukti di depan pengadilan. Hakim hanya duduk di kursi hakim layaknya seorang wasit sepak bola yang hanya aturan main yang sekali-kali juga memberikan kartu kuning atau kartu merah bagi pihak yang tidak menjunjung tinggi aturan main. Apabila diperlukan juri, hakim tidak memberikan putusan mana yang menang dan mana yang kalah atau tertuduh bersalah atau tidak bersalah. Hakim member perintah kepada juri untuk mengambil putusan dan juri-lah yang mengambil putusan. Putusan itu harus diterima oleh hakim terlepas ia setuju atau tidak setuju terhadap putusan itu. *Adversary system* ini lebih banyak dijumpai di Amerika Serikat.

Adapun sumber hukum dalam sistem *Common Law* hanya yurisprudensi yang di Inggris disebut *judge made law* atau di Amerika Serikat disebut *case law* dan perundang-undangan (*statute law*). Di Inggris, sebelum dituangkan ke dalam *Common Law*, hukum yang berlaku esensial merupakan hukum kebiasan. Akan tetapi, hukum Inggris bukanlah hukum kebiasaan. Hal itu disebabkan proses pembentukan *Common Law* melalui *judge made law* berdasarkan atas nalar (*reason*). Di Amerika Serikat kebiasaan sama sekali bukan merupakan sumber hukum.

Sebagai catatan untuk diperhatikan, memang di negara-negara penganut sistem *Common Law*, yurisprudensi ditempatkan sebagai sumber yang utama, akan tetapi di Amerika Serikat (dan juga perkembangan negara-negara *Common Law* lain saat ini) undang-undang sama pentingnya dengan yurisprudensi.

C. HUKUM ISLAM[16]

Hukum Muslim (*Muslem Law*) atau Hukum Islam (*Islamic Law*), di Arab disebut "syariah" (jalan yang benar). Hukum Muslim adalah sistem aturan-aturan hukum agama. Karena alasan-alasan yang wajar, syariah berperan penting terutama dalam wilayah-wilayah hukum yang diatur secara rinci dalam sumber-sumber hukum Islam, terutama dalam wilayah

16 Disarikan dari Michael Bogdan, Pengantar Perbandingan Sistem Hukum (Penerjemah: Derta Sri Widowatie), Bandung: Nusa Media, 2010, hal. 289-300. Sebagian kalimat merupakan modifikasi dan tambahan dari penulis.

hukum keluarga, hukum waris, dan sampai taraf tertentu dalam wilayah hukum pidana. Perkembangan saat ini, terutama di Indonesia, hukum Islam (*Syariah*) sudah mulai merambah ke berbagai bidang ekonomi, perbankan syariah misalnya. Sumber hukum utama dan tertinggi Hukum Islam adalah Al-Quran, kitab suci umat muslim yang berasal dari Tuhan. Berikutnya dalam hierarki sumber hukum Islam terdapat sunah, yang merupakan penjelasan tentang ucapan, perbuatan, dan tingkah laku Nabi (termasuk sikap diam beliau terhadap pertanyaan-pertanyaan tertentu). Sunah kerap dijadikan aturan untuk persoalan-persoalan yang tidak disebutkan dalam Al-Quran. Sumber hukum selanjutnya adalah *Ijma'*, yaitu pendapat-pendapat yang diterima secara umum di kalangan orang beriman, terutama cendekiawan hukum dalam menafsirkan dua sumber hukum utama tadi. Selain itu juga terdapat yang disebut *Qiyas*, yaitu penalaran dengan logika, terutama untuk menghasilkan regulasi untuk situasi yang tidak secara langsung dicakup sumber-sumber dasar.

Karakteristik dari Hukum Islam adalah sangat fleksibel dalam segala kejadian dan dapat mengikuti perkembangan zaman, walaupun didasarkan pada Al Quran yang sudah dibuat beribu-ribu tahun yang lalu dan tidak dapat diubah. Persebaran negara-negara yang menganut sistem Hukum Islam banyak dijumpai di negara-negara jazirah Arab. Tidak hanya itu, negara-negara di Asia dan Afrika Timur banyak yang menganut sistem Hukum Islam baik secara langsung maupun berbaur dengan sistem hukum lainnya.

Bagaimana dengan sistem hukum Indonesia, termasuk kategori yang mana? Sebagai bekas negara jajahan Belanda (penjajah terlama di Indonesia), sistem hukum di Indonesia cenderung mengikuti sistem hukum *Civil Law*, karakteristik hukumnya sangat mirip, akan tetapi sebagai negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam, sistem Hukum Islam juga mempengaruhi kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia, banyak peraturan perundang-undangan di Indonesia, baik secara eksplisit maupun implisit mengadopsi ketentuan-ketentuan Hukum Islam, bahkan terdapat satu provinsi (Nanggroe Aceh Darussalam) yang memiliki keistimewaan dengan menerapkan sistem Hukum Islam dalam tata pemerintahan dan kehidupan sosial sehari-hari. Terakhir, jangan lupakan keberadaan sistem Hukum Adat yang juga tumbuh dan diakui keberadaannya dalam sistem Hukum Indonesia

(walaupun secara terbatas). Beberapa pengaturan di bidang hukum waris dan hukum agraria serta hukum pidana (secara terbatas) dipengaruhi atau mengadopsi sistem Hukum Adat.

Dengan demikian berdasarkan penjelasan di atas, bahwa sistem hukum di indonesia yakni sistem hukum campuran. Argumentasinya, bahwa beberapa karakteristik sistem hukum yang berlaku di dunia juga adopsi di indonesia. Misalnya, yurisfrudensi sebagai sumber hukum. Padahal, asal-usul yurisfrudensi yakni pada sistem hukum yang berlaku di *Common Law* yang bermuara di negara Inggris.

BAB 3

HUKUM DAN MASYARAKAT

A. MANUSIA DAN MASYARAKAT

Sudah menjadi kodrat bagi setiap manusia untuk hidup sebagai makhluk sosial, hidup di antara manusia lain dalam suatu pergaulan masyarakat. Hal ini disebabkan manusia itu cenderung mempunyai keinginan untuk selalu hidup bersama (*appetitus societatis*). Hal inilah yang oleh Aristoteles disebut sebagai *zoon politicon* yang berarti manusia itu adalah makhluk sosial dan politik (*man is a social and politic being*). PJ Bouman mengatakan "*de mens wordt eerst mens door samenleving met anderen*" yang artinya "manusia itu baru menjadi manusia karena ia hidup bersama dengan manusia lainnya".[17]

Sistem dan siklus kehidupan bersama antara satu manusia dengan manusia yang lain itulah yang dinamakan sebagai masyarakat. Masyarakat merupakan kehidupan bersama yang anggota-angotanya mengadakan pola tingkah laku yang maknanya dimengerti oleh sesama anggota. Masyarakat merupakan suatu kehidupan bersama yang terorganisir untuk mencapai dan merealisir tujuan bersama. Masyarakat merupakan kelompok atau kumpulan manusia, tidak penting berapa jumlahnya, yang penting lebih dari satu manusia. Kehidupan bersama dalam masyarakat tidak didasarkan pada adanya beberapa manusia secara kebetulan bersama, tetapi didasarkan pada adanya kebersamaan tujuan.[18] Masyarakat itu merupakan tatanan sosial psikologis. *Psyche* manusia individual sadar akan adanya sesama manusia. Dapat dikatakan bahwa tidak ada seorang manusia yang hidup seorang diri terpencil jauh dan lepas dari kehidupan bersama. Manusia tidak mungkin berdiri di luar atau tanpa masyarakat. Sebaliknya masyarakat tidak mungkin ada tanpa manusia.[19]

17 Lihat Dudu Duswara Machmudin, Op,cit., hal. 9.
18 Lihat Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.1-2.
19 Ibid., hal.2.

Bersama dalam sebuah masyarakat manusia dapat memenuhi panggilan hidupnya, memenuhi kebutuhan dasar atau kepentingannya. Menurut Maslow, kebutuhan dasar tersebut mencakup:[20]

a. *food, shelter, and clothing*;
b. *Safety of self and property*;
c. *Self-esteem*;
d. *Self-actualization*;
e. *Love*.

Hanya dengan hidup bersama dan berinteraksi satu sama lainnya dalam masyarakat itulah manusia dapat memenuhi kebutuhan dasarnya.

B. NORMA DALAM MASYARAKAT

Manusia dilahirkan lengkap dengan karakter dan kepribadian masing-masing yang mungkin saja berbeda antara satu dengan lainnya. Ketika manusia tersebut hidup bersama dalam sebuah masyarakat, tentu saja dia tidak bisa memaksakan karakternya yang paling benar. Selain itu, walaupun secara teorinya memiliki kebutuhan dasar yang sama, tidak serta merta kebutuhan dan kepentingan mereka selalu sama di saat yang sama, kadang kala bisa sama tetapi kadang kala bisa berbeda. Perbedaan kebutuhan dan kepentingan tersebut apabila dibiarkan lama kelamaan akan berubah menjadi pertentangan atau konflik. Pertentangan atau konflik ini selanjutnya dapat menimbulkan kekacauan dalam masyarakat apabila tidak ada aturan yang dapat menyeimbangkannya. Aturan itu pada mulanya disebut Kaidah (Arab), norma (Latin), norma (Prancis), norm (Inggris), dan dalam Bahasa Indonesia baku disebut kaidah. Jadi dapat dikatakan bahwa apa yang disebut kaidah adalah patokan atau ukuran atau pun pedoman untuk berperikelakukan atau bersikap tindak dalam hidup.[21] Dalam literatur lain disebutkan bahwa manusia di dalam masyarakat memerlukan perlindungan kepentingan. Perlindungan kepentingan itu dapat tercapai dengan terciptanya pedoman atau peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia harus bertingkah

20 Lihat Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 10.
21 Ibid.

laku dalam masyarakat agar tidak merugikan orang lain dan dirinya sendiri. Pedoman inilah yang disebut norma atau kaidah sosial, yang pada hakikatnya merupakan perumusan suatu pandangan mengenai perilaku atau sikap yang seyogyanya dilakukan atau seyogyanya tidak dilakukan, yang dilarang dijalankan atau atau yang dianjurkan untuk dijalankan.[22] Apa pun definisinya, dapat dipahami bahwa norma atau kaidah diperlukan keberadaannya dalam masyarakat untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat tersebut, dengan demikian manusia secara individu dan masyarakat secara kolektif dapat memenuhi kebutuhan dan kepentingannya. Secara universal, kaidah atau norma yang terdapat dalam masyarakat adalah 1) kaidah/norma agama; 2) kaidah/norma kesusilaan; 3) kaidah/norma kesopanan; dan 4) kaidah/norma hukum.

1. Kaidah/Norma Agama

   Berdasarkan teorinya, kaidah agama terbagi dua, yaitu agama wahyu (samawi, *sama'i*, langit) dan agama budaya. Agama wahyu adalah suatu ajaran Allah yang berisi perintah, larangan, dan kebolehan yang disampaikan kepada umat manusia berupa wahyu melalui malaikat dan rasul-Nya. Sedangkan agama budaya adalah ajaran yang dihasilkan oleh pikiran dan perasaan manusia secara kumulatif.[23]

   Kaidah agama merupakan tuntunan hidup manusia untuk menuju ke arah yang lebih baik dan benar. Kaidah agama mengatur tentang kewajiban manusia terhadap Tuhannya. Sanksi terhadap pelanggaran kaidah agama berasal dari Tuhan, baik sanksi yang diterima langsung di dunia maupun di akhirat nanti.

   Contoh kaidah agama: janganlah kamu mendekati zina, janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah untuk membunuhnya, hormatilah kedua orang tuamu, janganlah menyembah selain kepada Tuhan YME, dan lain-lain.

2. Kaidah/Norma Kesusilaan

   Kaidah kesusilaan adalah aturan hidup yang berasal dari suara hati manusia yang menentukan mana perbuatan baik dan mana perbuatan tidak baik. Asal kaidah kesusilaan berasal dari dari manusia itu sendiri. Kaidah kesusilaan mendorong manusia untuk

22 Lihat Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.4.

23 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 15.

berbuat kebaikan, ia berbuat baik atau buruk karena bisikan hati nuraninya (*geweten*).

Kaidah kesusilaan ditujukan kepada sikap batin manusia. Sanksi akibat pelanggaran terhadap kaidah kesusilaan juga berasal dari dalam batin manusia itu sendiri, seperti rasa penyesalan, rasa malu, rasa takut, perasaan bersalah, dan lain sebagainya. Contoh kaidah kesusilaan: perbuatan jujur, menghormati sesama, membantu sesama manusia, dan lain-lain.[24]

3. Kaidah/Norma Kesopanan

Kaidah kesopanan adalah aturan hidup yang timbul dari pergaulan hidup masyarakat tertentu. Landasan kaidah kesopanan adalah kepatutan, kepantasan, dan kebiasaan yang berlaku pada masyarakat yang bersangkutan. Kaidah kesopanan ditujukan kepada sikap lahir setiap pelakunya demi ketertiban masyarakat dan untuk mencapai suasana keakraban dalam pergaulan. Sanksi yang didapatkan apabila berlaku tidak sopan biasanya berupa teguran atau celaan atau hinaan atau pengucilan dari masyarakat di mana dia berada.[25]

Peribahasa "di mana bumi dipijak disitu langit dijunjung" sangat tepat untuk menggambarkan kaidah/norma kesopanan ini. Contoh kaidah kesopanan: berpakaian rapi ketika mengahdiri sebuah acara formal, berbicara secara sopan kepada orang yang lebih tua, dan lain-lain.

4. Kaidah/Norma Hukum

Kaidah hukum adalah aturan yang dibuat secara resmi oleh penguasa negara, mengikat setiap orang dan berlakunya dapat dipaksakan oleh aparat negara yang berwenang, sehingga berlakunya dapat dipertahankan.[26]

Kaidah hukum berasal dari luar diri manusia. Kaidah hukum ditujukan terutama kepada pelakunya yang konkret, yaitu di pelaku pelanggaran yang nyata-nyata berbuat, bukan untuk penyempurnaan manusia, melainkan untuk ketertiban masyarakat agar masyarakat tertib, agar jangan sampai jatuh korban kejahatan,

24 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal.15. dan Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.7.

25 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal.16. dan Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.8-9.

26 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 16.

agar tidak terjadi kejahatan. Isi kaidah hukum itu ditujukan kepada sikap lahir manusia. Kaidah hukum tidak hanya membebani seseorang dengan kewajiban semata, melainkan juga memberikan hak kepada seseorang. Kaidah hukum berasal dari kekuasaan luar diri manusia yang memaksakan kepada kita (*heteronom*). Masyarakatlah secara resmi diberi kuasa untuk memberi sanksi atau menjatuhkan hukuman. Pengadilan adalah lembaga yang mewakili masyarakat untuk menjatuhkan hukuman.[27]

27 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal.16. dan Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.12-13.

BAB 4

NEGARA HUKUM

A. *RAISON D'ETRE*-NYA HUKUM

Sebagaimana telah diulas pada pembahasan sebelumnya bahwa kaidah-kaidah (agama, kesusilaan, kesopanan, dan hukum) diperlukan sebagai pedoman bagi tingkah laku manusia dan untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat. Keempat norma yang tersebut di atas bukan merupakan bagian yang terpisah-pisah, melainkan merupakan satu kesatuan dan saling mempengaruhi satu dengan yang lainnya. Sebagai salah satu kaidah yang hidup dan ada di masyarakat, menjadi pertanyaan yang paling mendasar adalah "apa sebenarnya *Raison d'etre*-nya hukum?"[28], "kapankah pada hakikatnya hukum itu ada?", "apa yang menyebabkan timbulnya hukum itu?". Sebagaimana diketahui bahwa untuk timbulnya hukum sekurang-kurangnya harus ada kontak antara dua orang. Kontak ini dapat bersifat menyenangkan atau bersifat tidak menyenangkan (sengketa atau perselisihan). Tetapi pada hakikatnya hukum baru ada, baru dipersoalkan apabila terjadi konflik kepentingan. Ketika terjadi konflik kepentingan mulai dipertengkarkan siapa yang salah, siapa yang melanggar, siapa yang berhak, apa hukumnya. Di sinilah baru dipersoalkan hukum. Hukum pada hakikatnya baru timbul (untuk dipermasalahkan) kalau terjadi pelanggaran kaidah hukum, konflik, kebatilan atau "tidak hukum". Kalau segala sesuatu berlangsung dengan tertib, lancar tanpa terjadinya konflik atau pelanggaran hukum, maka tidak akan ada orang mempersoalkan hukum. Jadi, *raison d'etre*-nya hukum adalah konflik kepentingan manusia, *conflict of human interest*.[29]

28 Raison d'être (French pronunciation:) is a French phrase meaning "reason for existence", Diakses dari situs http://en.wikipedia.org/wiki/Raison_d%27%C3%AAtre pada hari Sabtu 24 September 2011 Pukul 23.19 WITA.

29 Disarikan dari Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.30-31.

B. HUBUNGAN MASYARAKAT, NEGARA, DAN HUKUM

Sekali disebutkan bahwa kaidah-kaidah hukum (dan juga kaidah lainnya) diperlukan dalam menciptakan ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat. Di dalam masyarakat pasti ada yang disebut dengan "hukum". Cicero, pemikir pada zaman Romawi Kuno pernah menyebutkan sebuah adagium "*ubi societas ibi ius*" yang kalau diartikan "di mana ada masyarakat disitu ada hukum". Teori Cicero ini didukung oleh Van Apeldoorn yang mengatakan bahwa "hukum ada di seluruh dunia, di mana ada masyarakat manusia".[30]

Dari kedua teori di atas, jika dikaitkan dengan konteks negara, pertanyaannya menjadi "apa hubungan antara masyarakat, negara dan hukum?". Untuk menjawab pertanyaan tersebut, perlu untuk dikupas satu per satu hubungan diantara ketiganya. Pertama dilihat terlebih dahulu hubungan antara masyarakat dan negara. Jika merujuk pada pengertian negara adalah suatu masyarakat yang diintegrasikan karena mempunyai wewenang yang bersifat memaksa dan yang secara sah lebih agung daripada individu atau kelompok yang merupakan bagian dari masyarakat itu (Harold J. Laski). Atau merujuk pada pemahaman sederhana bahwa negara adalah kekuasaan terorganisir yang mengatur masyarakat hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan tertentu demi kesejahteraan bersama,[31] maka tampak sekali hubungan diantara keduanya, bahwa masyarakat (yang terdiri dari kumpulan individu/manusia) adalah bagian dari negara (salah satu unsur persyaratan terbentuknya negara) dan negara memiliki kekuasaan dan kewenangan untuk mengatur masyarakatnya agar dapat mewujudkan cita dan tujuan dari masyarakat dan negara tersebut.

Bahwa dalam konteks hubungan antara negara dan hukum *an sich*, Mac Iver[32] mengemukakan teorinya "bahwa negara adalah anak, tetapi juga orang tua dari hukum". Maksudnya bahwa negara adalah anak dari hukum, artinya negara dilahirkan oleh hukum. Di samping itu, negara adalah orang tua dari hukum, maksudnya bahwa negara melahirkan

30 Lihat Bachsan Mustafa, Op cit., hal.12.

31 Lihat I Gede Pantja Astawa dan Suprin Na'a, Memahami Ilmu Negara dan Teori Negara, Refika Aditama, Bandung, 2009, hal. 4-5.

32 Mac Iver, The Modern State, Oxford University Press, t.t. diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia Oleh Moertono, Negara Modern, Jakarta: Bina Aksara, 1988, hal. 245. Lebih lanjut tentap pendapat Mac. Iver, Lihat pada pembahasan BAB berikutnya pada pembahasan Hukum Tata Negara di Definisi Hukum Tata Negara.

hukum.[33] Dari pemahaman atas ulasan satu per satu hubungan di antara ketiganya, dapat disimpulkan bahwa masyarakat (yang terdiri dari kumpulan individu/manusia) adalah bagian dari negara (salah satu unsur persyaratan terbentuknya negara) dan negara memiliki kekuasaan dan kewenangan untuk mengatur masyarakatnya melalui pranata/media hukum agar cita dan tujuan dari masyarakat dan negara tersebut dapat mewujudkan. Dalam bahasa yang lebih sederhana, bahwa masyarakat merupakan bagian dari negara dan negara memiliki kekuasaan untuk membentuk hukum yang mengatur masyarakat demi terwujudnya cita dan tujuan masyarakat dan negara tersebut.

33 Lihat Bachsan Mustafa, Op.cit., hal.17.

BAB 5 TUJUAN DAN FUNGSI HUKUM

A. TUJUAN HUKUM

Dari sekian banyak pendapat yang ada mengenai tujuan hukum, apabila hendak diinventarisasi hanyalah terdapat 2 teori, yaitu **teori etis** dan t**eori utilitas**. Kedua teori ini merupakan landasan dari teori atau pendapat lainnya, dan terori lainnya itu merupakan varian atau kombinasi dari teori etis dan/atau teori utilitas.[34]

1. Teori Etis

Filsuf Aristoteles memperkenalkan teori etis dalam bukunya yang berjudul Rhetorica dan Ethica Nicomachea. Teori ini berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan. Keadilan di sini adalah *ius suum cuique tribuere* (slogan lengkapnya *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*) yang dapat diartikan "memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya". Selanjutnya Aristoteles membagi keadilan menjadi 2, yaitu keadilan komutatif (keadilan yang memberikan kepada tiap orang menurut jasanya) dan keadilan distributif (keadilan yang memberikan jatah kepada setiap orang sama banyaknya tanpa harus mengingat jasa-jasa perseorangan).[35]

34 Disarikan dari Dudu Duswara Machmudin, Op,cit., hal. 23.

35 Ibid., hal. 23-24. Dalam buku ini disebutkan bahwa selain keadilan distributif dan komutatif, pakar hukum lain juga membedakan keadilan menjadi beberapa jenis, antara lain keadilan vindikatif, keadilan kreatif, keadilan protektif, dan keadilan legalis. Bandingkan dengan teori keadilan John Rawls sebagai berikut Pada hakikatnya pendekatan Rawls, yakni: Bayangkan sekelompok orang sedang memilih prinsip-prinsip untuk mengevaluasi keadilan struktur dasar masyarakatnya. Yang jelas, jika prinsip tersebut harus adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil. Artinya, tak seorangpun diperbolehkan mendominasi pilihan atau memanfaatkan kesempatan yang tidak adil seperti kelebihan dari anugerah alamiah atau posisi sosialnya. Karena itu, prinsip keadilan merupakan hasil dari pilihan yang setara-" keadilan sebagai kesetaraan." Rawls berpendapat bahwa di bawah kondisi yang demikian, pihak-pihak yang memilih di dalam posisi awal akan memilih dua prinsip keadilan. Pertama, mereka akan berfokus untuk mengamankan kebebasan mereka agar tetap setara sehingga akan memilih

Disebut dengan toeri etis karena isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita mengenai mana yang adil dan mana yang tidak adil. Teori ini oleh L. J. Van Apeldoorn dianggap berat sebelah karena terlalu mengagungkan keadilan yang pada akhirnya tidak akan mampu membuat peraturan umum. Sedangkan peraturan umum itu merupakan sarana untuk kepastian dan tertib hukum.[36]

2. Teori Utilitas

Jeremy Bentham, seorang pakar hukum asal Inggris, mengemukakan bahwa hukum bertujuan untuk mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (efektif). Adagium yang terkenal adalah "*the greatest happiness for the greatest number*" (kebahagiaan terbesar untuk jumlah yang terbanyak). Teori ini sangat mengagung-agungkan kepastian hukum dan memerlukan adanya peraturan yang berlaku umum, maka munculah semboyan yuridis terkenal yang dikumandangkan oleh Ulpianus dalam Digesta "*lex dura sed tament scripta*" atau "*lex dura sed ita scripta*" yang kalau diterjemahkan artinya "undang-undang itu keras, akan tetapi memang sudah ditentukan demikian bunyinya".[37]

Kedua teori di atas, mengandung kelemahan yang sama, yaitu tidak seimbang atau berat sebelah. Akibat mengagungkan keadilan, maka teori etis mengabaikan kepastian hukum. Apabila kepastian hukum terabaikan, maka ketertiban akan terganggu. Padahal justru dengan ketertiban. Keadilan dapat terwujud dengan baik. Sebaliknya, karena terlalu mengagungkan kegunaan, teori utilitas mengabaikan keadilan. Justru hukum dapat berfaedah, apabila sebanyak mungkin menegakkan keadilan.[38]

Berdasar dari kelemahan-kelemahan kedua teori tersebut, muncul banyak teori-teori turunan atau gabungan dari kedua teori tersebut, yang tidak terlalu menonjolkan keadilan atau menonjolkan kemanfaatan. Sampai hari ini pun, perkembangan teori tujuan hukum masih tetap berlangsung. Beberapa contoh dari perkembangan teori tujuan hukum

---

suatu prinsip guna mengantisipasinya:

36 Ibid., hal. 25-26. Baca juga, L.J. Van Apeldoorn, Pengantar Ilmu Hukum, Jakarta: Pradnya Paramita, 1996, hal. 10-17

37 Ibid., hal. 26-27.

38 Ibid., hal. 27.

yang dapat dipakai untuk mendalami makna sebenarnya dari tujuan hukum[39] antara lain:

1. Betapa pun, tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Oleh karena itulah perlu dirujuk pandangan Ulpianus yang menyatakan: *iuris praecepta sunt haec*: *honeste vivere*, *alterum non-ladere*, *suum cuique tribuere* yang kalau diterjemahkan secara bebas artinya "perintah hukum adalah: hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapatkan bagiannya.[40]
2. Dalam perbincangan mengenai tujuan hukum ini, perlu juga dikemukakan pendapat Bellefroid yang menyatakan "*het recht beoogt de geestelijke, zedelijke en stoffelijke behoeften der gemenschaap op passende wijze te bevredigen of ook: de persoonlijkheid der mensen in het gemeenschapsleven te volmaken, d.w.z. de gemeenschap zo te ordenen, dat de persoon zijn geestelijke, zedelijke, en lichamelijke vermogens daarin ontplooien en tot hun hoogste ontwikkeling brengen*" (Terjemahan Bebas: hukum berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakatnya, atau juga meningkatkan kepribadian individu-individu dalam hidup bermasyarakat.

   Dengan demikian, apabila dikatakan bahwa masyarakat dalam keadaan tertib berarti setiap orang di dalam masyarakat tersebut dapat mengembangkan keadaannya baik secara jasmani, pikiran, maupun rohaninya).[41]
3. Inilah maksud dan tujuan hukum yang sebenar-benarnya. Hukum menghendaki kerukunan dan perdamaian dalam pergaulan hidup

39 Baca Juga, pendapat Imam al-Ghazali tentang tujuan Hukum Islam yang memandang bahwa suatu kemaslahatan harus sejalan dengan tujuan syara', sekalipun bertentangan dengan tujuan-tujuan manusia, karena kemaslahatan manusia tidak selamanya didasarkan kepada kehendak syara', tetapi sering didasarkan kepada kehendak hawa nafsu. Misalnya, di zaman jahiliyah para wanita tidak mendapatkan bagian harta warisan yang menurut mereka hal tersebut mengandung kemaslahatan, sesuai dengan adat istiadat mereka, tetapi pandangan ini tidak sejalan dengan kehendak syara'; karenanya tidak dinamakan mashlahah. Oleh sebab itu, menurut Imam al-Ghazali, yang dijadikan patokan dalam menentukan kemaslahatan itu adalah kehendak dan tujuan syara', bukan kehendak dan tujuan manusia. Tujuan syara' yang harus dipelihara teresbut, lanjut al-Ghazali, ada lima bentuk yaitu: memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Apabila seseorang melakukan suatu perbuatan yang pada intinya untuk memelihara kelima aspek tujuan syara' di atas, maka dinamakan Mashlahah. Lihat, Nasrun Haroen, Ushul Fiqh, Cet. I, Jakarta: Logos, 1996, hal. 114.

40 Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 162.

41 Ibid.

bersama. Hukum itu mengisi kehidupan yang jujur dan damai dalam seluruh lapisan masyarakat.[42]

4. Perundang-undangan tertua yang diketahui dari studi hukum ialah perundangan Hammourabi, Raja Babylonia (± 2000 tahun SM). Maksud tujuan hukum dalam perundang-undangan itu, berintikan ketentuan yang menyatakan "janganlah hendaknya yang kuat merugikan yang lemah".[43]
5. Tujuan hukum versi teori pengayoman (pengayoman sebagai lambang keadilan yang disimbolkan dengan Pohon Beringin. Ditemukan oleh Menteri Kehakiman Sahardjo untuk menggantikan simbol keadilan negara barat yang dirupakan oleh Dewi Themis (puteri Ouranos dan Gala). Menurut teori pengayoman tujuan hukum adalah untuk mengayomi manusia baik secara aktif maupun pasif. Secara aktif dimaksudkan sebagai upaya untuk menciptakan suatu kondisi kemasyarakatan yang manusiawi dalam proses yang berlangsung secara wajar. Sedangkan yang dimaksud dengankan secara pasif, adalah mengupayakan pencegahan atas tindakan yang sewenang-wenang dan penyalahgunaan hak. Usaha mewujudkan pengayoman tersebut termasuk di dalamnya adalah: a). Mewujudkan ketertiban dan keteraturan, b). Mewujudkan kedamaian sejati, c). Mewujudkan keadilan, dan d). Mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial.[44]

B. FUNGSI HUKUM

Sama halnya dengan pembahasan akan tujuan hukum, pembahasan mengenai fungsi hukum juga beraneka ragam. Pada umumnya yang dimaksud dengan fungsi adalah adalah tugas, hukum berperan sedemikian rupa sehingga segala sesuatunya berjalan dengan tertib dan teratur, sebab hukum menentukan dengan tegas hak dan kewajiban mereka masing-

42 Soedjono Dirdjosisworo, Pengantar Ilmu Hukum, Jakarta: PT.RajaGrafindo Persada, 2010, hal. 17.

43 Ibid.

44 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 28. Secara khusus mengenai kisah "Pohon Beringin yang menggantikan Dewi Themis" dan biodata singkat Dr. Sahardjo, SH. dapat dibaca dalam artikel berjudul "Dr Saharjo, Menolak Dewi Keadilan Demi Pohon Beringin" yang dapat diakses pada situs http://hukumonline.com/berita/baca/hol23198/dr-saharjo-menolak-dewi-keadilan-demi-pohon-beringin.

masing. J.P. Glastra van Loon menyebutkan bahwa fungsi hukum yaitu:[45]

a. Menertibkan masyarakat dan pengaturan pergaulan hidup;
b. Menyelesaikan pertikaian;
c. Memelihara dan mempertahankan tata tertib dan aturan-aturan, jika perlu dengan kekerasan;
d. Mengubah tata tertib dan aturan-aturan dalam rangka penyesuaian dengan kebutuhan masyarakat;
e. Memenuhi tuntutan keadilan dan kepastian hukum dengan cara merealisasi fungsi di atas.

Sjachran Basah berpendapat bahwa fungsi hukum dalam kehidupan masyarakat terutama di Indonesia mempunyai panca fungsi, yaitu:[46]

a. Direktif, sebagai pengarah dalam membangun untuk membentuk masyarakat yang hendak dicapai sesuai dengan tujuan kehidupan bernegara;
b. Integratif, sebagai pembina kesatuan bangsa;
c. Stabilitatif, sebagai pemelihara (termasuk di dalamnya hasil-hasil pembangunan) dan penjaga keselarasan, keserasian, dan keseimbangan dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat;
d. Perfektif, sebagai penyempurna terhadap tindakan-tindakan administrasi negara, maupun sikap tindak warga dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat;
e. Korektif, baik terhadap warga negara maupun administrasi negara dalam mendapatkan keadilan.

Dalam literatur lain disebutkan bahwa fungsi hukum adalah:[47]

a. Sebagai alat ketertiban dan keteraturan masyarakat;
b. Sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan sosial lahir batin;
c. Sebagai sarana penggerak pembangunan;
d. Sebagai kritis dari hukum.

Membahas mengenai fungsi hukum menarik juga untuk disimak pernyataan Mochtar Kusumaatmadja tentang peranan hukum "Peranan hukum dalam pembangunan adalah untuk menjamin bahwa perubahan itu terjadi dengan cara yang teratur. Ada anggapan yang boleh dikatakan

45 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 51-52.
46 Ibid., hal. 52.
47 Lihat Soedjono Dirdjosisworo, Op.cit., hal. 154-156.

hampir merupakan keyakinan bahwa perubahan yang teratur demikian dapat dibantu oleh perundang-undangan atau keputusan pengadilan atau kombinasi dari kedua-duanya. Perubahan yang teratur melalui prosedur hukum, baik ia berwujud perundang-undangan atau keputusan badan-badan peradilan lebih baik daripada perubahan yang tak teratur dengan menggunakan kekerasan semata-mata. Karena baik perubahan maupun ketertiban (atau keteraturan) merupakan tujuan kembar daripada masyarakat yang sedang membangun maka hukum menjadi suatu alat yang tak dapat diabaikan dalam proses pembangunan".[48]

Lebih lanjut tentang fungsi hukum menurut Achmad Ali, antara lain:

1. fungsi hukum sebagai "*a tool of social control*",
2. fungsi hukum sebagai "*a tool of social engineering*",
3. fungsi hukum sebagai simbol,
4. fungsi hukum sebagai "*a political instrument*",
5. fungsi hukum sebagai integrator.[49]

Adapun penjelasan dari kelima fungsi hukum di jelaskan sebagai berikut:

1. Fungsi Hukum sebagai "*a tool of social control***"**

Maksud dari hukum sebagai pengendali sosial, yaitu:

a. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, tidaklah sendirian di dalam masyarakat, melainkan menjalankan fungsi itu bersama-sama dengan pranata-pranata sosial lainnya yang juga melakukan fungsi pengendalian sosial,
b. fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial merupakan fungsi "pasif" di sini artinya hukum yang menyesuaikan diri dengan kenyataan masyarakat.[50]

Selanjutnya menurut Achmad Ali, bahwa terlaksana atau tidak terlaksananya fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, ditentukan oleh dua hal:

a. faktor antara hukumnya sendiri,
b. faktor pelaksana (orang) hukumnya.

48 Mochtar Kusumaatmadja, Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional, Bandung: Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjajaran; diedarkan oleh Penerbit Bina Cipta, 1986, hal. 3. Kata "Perubahan" tetap ditulis seperti tulisan aslinya dalam buku.

49 Achmad Ali, Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis), Cet. II,, Jakarta: PT Gunung Agung, 2002, hal. 86.

50 Ibid., hal. 88

Berkaitan dengan ini, dikenal pemeo dari pakar hukum Prof. Dr. A. Zainal Abidin Farid, S.H, bahwa:

"Kalau saya disuruh memilih antara hukum yang baik dengan pelaksanaan yang buruk, dan hukum yang buruk dengan pelaksanaan yang baik, maka saya akan memilih hukum yang buruk dengan pelaksanaan yang baik. Tetapi tentu lebih baik lagi jika baik antara hukumnya maupun pelaksanaannya baik".[51]

2. Fungsi Hukum sebagai "*a tool of social engineering***"**

Perubahan pada hukum baru akan terjadi apabila dua unsurnya telah bertemu pada satu titik singgung. Kedua unsur tersebut adalah (1) keadaan baru yang timbul dan (2) kesadaran akan perlunya perubahan pada masyarakat yang bersangkutan itu sendiri, atau dalam kata-kata Sinzheimer sendiri: "Syarat-syarat bagi terjadinya perubahan pada hukum itu baru ada, manakala dengan terjadinya perubahan-perubahan (timbulnya hal-hal yang baru) itu timbul emosi-emosi pada pihak-pihak yang terkena, yang dengan demikian akan mengadakan langkah-langkah menghadapi keadaan itu serta menuju kepada bentuk-bentuk kehidupan yang baru.[52]

Peranan yang dilakukan oleh hukum untuk menimbulkan perubahaan-perubahan di dalam masyarakat dapat dilakukan melalui dua saluran, yaitu langsung dan tak langsung. Di dalam peranannya yang tak langsung maka hukum misalnya dapat menciptakan lembaga-lembaga di dalam masyarakat yang pada gilirannya nanti akan menyebabkan timbulnya perubahan-perubahan di dalam masyarakat.[53] Hukum yang mengatur tentang pendirian lembaga-lembaga pendidikan yang modern mulai dari sekolah dasar sampai ke perguruan tinggi menyebabkan bahwa banyak anggota masyarakat akan memperoleh pendidikan yang modern yang berarti berkenalan dengan pemikiran-pemikiran yang modern di dunia dalam berbagai macam bidang. Barang tentu penyebaran pikiran-pikiran seperti itu akan mendorong diambilnya tindakan-tindakan yang merubah susunan dan

51 Ibid., hal. 89

52 Satjipto Rahardjo, Hukum dan Masyarakat, Bandung: Angkasa, 1994, hal. 101.

53 Soerjono Soekanto, Pengantar Sosiologi Hukum, Jakarta: Bhratara, 1973, hal. 99.

hubungan-hubungan di dalam masyarakat, yang berarti terjadinya perubahan sosial.

Di samping dengan cara yang demikian itu, maka hukum juga dapat menjadi perantara yang langsung bagi terjadinya perubahan sosial. Dengan pengundangan Undang-Undang Tentang Ketentuan Pokok Agraria, maka hukum telah menimbulkan semacam revolusi di bidang pertanahan di Indonesia. Status tanah yang semula pluralistik sekarang dirubah menjadi *unifrom.* Batas-batas luas pemilikan tanah ditentukan. Kriteria pemilik tanah juga ditetapkan. Kesemuanya ini menimbulkan perombakan di dalam bidang pemilikan tanah. Undang-Undang Perkawinan juga dapat dimasukkan ke dalam kategori ini, oleh karena ia menimbulkan suatu prosedur dan tertib baru dalam bidang perkawinan yang sebelumnya pengaturannya dilakukan secara sektoral.[54]

Yang penting kita ketahui dalam fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial, adalah bahwa terjadinya perubahan sosial tidak mungkin semata-mata dilakukan oleh hukum, sehingga kalau kita ingin melihat peranan hukum dalam perubahan sosial, hal itu hendaknya kita lihat dari sudut kemampuan hukum untuk melakukan "***initial push***" (istilah dari **Arnold M.Rose**). Terjadinya perubahan sosial melalui suatu proses yang cukup kompleks serta tidak merupakan hasil hubungan yang langsung antara suatu faktor tertentu dengan suatu kejadian. Kompleksitas ini misalnya ditunjukkan melalui kemampuan suatu akibat untuk juga mempengaruhi dan memodifikasi penyebabnya.

Jadi, peranan hukum yang diharapkan sebagai alat untuk mengubah masyarakat sebagai alat rekayasa sosial, tidak lain menempatkan hukum itu sebagai motor yang nantinya akan menyebarkan dan menggerakkan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum tersebut. Jadi, bekerjanya hukum bukan hanya merupakan fungsi perundang-undangan belaka, melainkan juga aktivitas birokrasi pelaksanaannya.[55]

3. Fungsi Hukum sebagai Simbol

Simbolis itu mencakup proses-proses dalam mana seseorang menerjemahkan atau menggambarkan atau mengartikan dalam

54 Satjipto Rahardjo, Op.cit., hal. 114

55 Achmad Ali, Op.cit., hal. 97

suatu istilah yang sederhana tentang perhubungan sosial serta fenomena-fenomena lainnya yang timbul dari interaksinya dengan orang lain. Contohnya dalam hukum: Seseorang yang mengambil barang orang lain dengan maksud memiliki, dengan jalan melawan hukum, oleh hukum pidana disimbolkan sebagai tindakan pencurian yang seyogianya dihukum.[56]

4. **Fungsi Hukum sebagai Alat Politik**
   Dalam sistem hukum kita di Indonesia, undang-undang adalah produk bersama DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) dan pemerintah. Kenyataan ini tak mungkin disangkal betapa para politisilah yang memprodukkan undang-undang (bukan tertulis).[57]

5. **Fungsi Hukum sebagai Mekanisme untuk Integrasi**
   Hukum berfungsi sebagai mekanisme untuk melakukan integrasi terhadap berbagai kepentingan warga masyarakat, dan juga berlaku baik jika tidak ada konflik maupun setelah ada konflik. Namun demikian harus diketahui bahwa dalam penyelesaian konflik-konflik kemasyarakatan, bukan hanya hukum satu-satunya sarana pengintegrasi, melainkan masih terdapat sarana pengintegrasi lain seperti kaidah agama, kaidah moral, dan sebagainya.
   Salah satu pakar yang memiliki teori tentang hukum ini, adalah **Harry C.Bredemeler** yang memandang "*a law as an integrative mechanism*". Adapun kerangka yang digunakan oleh Bredemeier dalam membangun analisisnya tentang fungsi hukum sebagai mekanisme pengintegrasi atau integrator, ditumbuhkan dari analisisnya tentang fungsi-fungsi hukum serta hubungannya dengan fungsi subsistem lain yang terdapat di dalam masyarakat, yang awalnya adalah bersumber dari kerangka yang dibangun oleh Talcott Parson dan rekan-rekannya, terutama sekali seperti yang dituliskannya di dalam *Economy and Society*.[58]

Demikianlah beberapa pendapat-pendapat tentang fungsi hukum, penting juga untuk dipikirkan secara bersama-sama dan komprehensif tata cara atau metode agar hukum dapat berfungsi sebagaimana mestinya.

56 Ibid., hal. 97-98.
57 Ibid., hal. 98.
58 Ibid., hal. 101

BAB 6

ILMU HUKUM

A. HAK DAN KEWAJIBAN

Hukum dapat diidentikkan dengan hak dan kewajiban, hal ini dikarenakan secara substansi, hukum memang memberikan hak dan kewajiban kepada manusia. Pertanyaannya adalah "apa definisi hak?" dan "apa definisi kewajiban?".

Hak adalah wewenang yang diberikan hukum objektif (hukum yang berlaku umum) kepada subjek hukum. Wewenang yang diberikan kepada subjek hukum ini contohnya wewenang untuk memiliki tanah dan bangunan yang penggunaannya diserahkan kepada pemilik itu sendiri. Ia dapat berbuat apa saja terhadap tanah dan bangunan tersebut, asalkan tidak bertentangan dengan kaidah-kaidah yang berlaku. Kewenangan untuk berbuat itulah yang biasa disebut hak.[59]

Pada dasarnya, agak sulit untuk mencari definisi tunggal dari "hak". Peter Mahmud Marzuki dalam bukunya Pengantar Ilmu Hukum, memberikan beragam definisi hak dari berbagai sudut pandang teori. Dalam pandangan teori berbasis hak, hak merupakan sesuatu yang tak terpisahkan dari hakikat kemanusiaan itu sendiri.[60]

Selanjutnya, terdapat 2 teori yang mencoba mendefinisikan hak melalui pendekatan teori hakikat hak. Teori yang pertama adalah teori kehendak dan yang kedua adalah teori kepentingan atau kemanfaatan. Teori kehendak dianut oleh mereka yang berpandangan bahwa tujuan hukum memberikan sebanyak mungkin kepada individu kebebasan apa yang dikehendakinya. Teori ini memandang bahwa pemegang hak dapat berbuat apa saja atas haknya. Sedangkan dari sudut pandang teori kepentingan atau kemanfaatan, Rudolf von Ihering sebagai salah satu

59 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 53.

60 Baca Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 174.

penganutnya mendefinisikan hak sebagai kepentingan-kepentingan yang dilindungi hukum. GW Paton dalam menelaah kedua teori tersebut berpendapat bahwa esensi hak bukanlah kekuasaan yang dijamin oleh hukum, melainkan kekuasaan yang dijamin oleh hukum untuk merealisasi suatu kepentingan. Sejalan dengan pandangan Paton, Meijers mendefinisikan hak sebagai suatu kewenangan seseorang yang diakui oleh hukum untuk menunaikan kepentingannya.[61]

Menarik juga untuk mendalami pandangan Ronald Dworkin tentang hak. Menurut Dworkin "*rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that the state a goal for the community as a whole*" (terjemahan bebas: hak paling tepat dipahami sebagai nilai yang paling tinggi atas justifikasi latar belakang bagi keputusan politis yang menyatakan suatu tujuan bagi masyarakat secara keseluruhan). Dworkin jelas-jelas menempatkan hak sebagai sesuatu yang harus dijunjung tinggi oleh siapa pun.[62]

Pada bagian akhir pembahasan mengenai pengertian hak, Peter Mahmud Marzuki menuliskan yang pada intinya dari pandangan-pandangan yang dikemukakan, kiranya pandangan Dworkin yang sesuai dengan hakikat hak itu sendiri. Pandangan Dworkin menguatkan argumentasi pernyataan Peter Mahmud Marzuki bahwa bukan hak diciptakan oleh hukum, melainkan hak yang memaksa adanya hukum. Keberadaan hak tidak dapat dilepaskan dari hakikat kemanusiaan itu sendiri yang adalah ciptaan Allah. Hak, dengan demikian, merupakan satu paket dalam penciptaan manusia sebagai makhluk yang mempunyai aspek fisik dan aspek eksistensial. Diakui atau tidak oleh hukum, hak itu tetap saja ada sebagai bagian dari keberadaan manusia itu sendiri.[63]

Mengenai macam-macam hak dapat ditinjau dari beberapa segi yaitu:[64]

1. Eksistensi hak itu sendiri (hak orisinal dan hak derivatif)
   Hak yang melekat pada manusia yang diciptakan satu paket oleh Allah dengan manusia disebut hak orisinal (contoh hak hidup, hak atas kebebasan, dan hak milik). Hak-hak orisinal inilah yang kemudian melahirkan hak derivatif, yaitu hak-hak yang

61 Ibid., hal. 175-176.
62 Ibid., hal. 178.
63 Ibid., hal. 180.
64 Ibid., hal. 185-210.

merupakan bentukan hukum (contoh hak menghirup udara segar merupakan derivasi dari hak hidup, hak sewa merupakan derivasi dari hak milik, dan lain-lain).

2. Keterkaitan hak dengan kehidupan bernegara (hak dasar dan hak politik)

   Hak dasar adalah hak-hak yang dimiliki setiap orang dan dijamin bebas dari suasana campur tangan negara. Hak-hak yang tertuang dalam Magna Charta, *Virginia Bill of Rights, dan La Declaration des Droits des l'Hommes et du Citoyens* seperti hak hidup bebas, hak kebebasan, hak keamanan, hak untuk melakukan semua yang tidak merugikan orang lain, dan lain-lain adalah hak-hak dasar.

   W. Duk membedakan antara hak dasar yang bersifat klasik dengan hak dasar sosial. Pada hak dasar yang bersifat klasik, terdapat kewajiban bagi pemerintah untuk tidak melakukan apa-apa untuk melindungi manusia dan warga negara, maksudnya organ-organ pemerintah tidak boleh membuat aturan hukum atau aturan lainnya yang meniadakan hak-hak itu. Sedangkan pada hak-hak dasar sosial justru terdapat kewajiban pemerintah untuk melakukan segala sesuatu dalam melindungi manusia dan warganya. Kebebasan beragama merupakan salah satu contoh dari hak dasar yang bersifat klasik, sedangkan sejauh ini apa yang disebut sebagai hak dasar sosial dapat dikatakan sebagai tuntutan-tuntutan warga negara kepada penguasa. Tuntutan-tuntutan itu berupa bahwa semua organ pemerintah harus mewujudkan tujuan sebagaimana terdapat pada teks-teks tempat hak-hak dasar tersebut dituangkan. Akan tetapi ukuran dilaksanakannya apa yang tertuang dalam teks itu bukan berupa hasil yang dicapai, melainkan pemerintah telah berusaha dengan cara yang memadai dan dengan segenap usaha telah melaksanakannya.

   Di samping memiliki hak dasar sebagai individu, warga negara juga mempunyai hak politik berupa untuk ikut serta baik secara langsung maupun tidak langsung dalam penyelenggaraan pemerintahan. Hak untuk dipilih atau memilih menjadi anggota parlemen adalah salah satu contoh dari hak politik ini.

3. Keterkaitan hak dengan kehidupan bermasyarakat (hak privat yang terdiri dari hak absolut dan hak relatif.

Hak-hak privat dibedakan antara hak absolut dan hak relatif. Pembedaan itu mengenai 3 hal, pertama, hak absolut dapat diberlakukan kepada setiap orang sedangkan hak relatif hanya berlaku untuk seseorang tertentu. Kedua, hak-hak absolut memungkinkan pemegangnya untuk melaksanakan apa yang menjadi substansi haknya melalui hubungan dengan orang lain. Sisi balik dari hak absolut ini adalah orang lain tidak boleh melakukan pelanggaran atas kesempatan yang dimiliki oleh pemegang hak tersebut. Sedangkan hak relatif menciptakan tuntutan/kewajiban kepada orang lain untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Ketiga, objek hak absolut pada umumnya benda (berwujud maupun tidak berwujud), sedangkan objek hak relatif adalah prestasi yaitu memberikan sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Hak absolut dapat dibagi menjadi hak pribadi (contoh hak hidup, hak untuk diakui sebagai pencipta atas karyanya, dan lain-lain), hak kekeluargaan (contoh hak kekuasaan orang tua, hak perwalian, dan lain-lain), hak kebendaan (contoh hak milik, hak guna bangunan, hak pakai, dan lain-lain), dan hak atas barang-barang tidak berwujud (contoh hak atas kekayaan intelektual). Dalam pergaulan hidup sehari-hari, orang seringkali menyebut kata privasi (*privacy*), "apa privasi (*privacy*) itu?". Dilihat dari segi karakternya, sebenarnya privasi (*privacy*) masuk ke dalam bilangan hak dasar karena melekat pada aspek eksistensial manusia. Perbincangan mengenai privasi (*privacy*) baru marak dengan terbitnya tulisan Warren dan Brandeis *The Right to Privacy pada Harvard Law Journal* tahun 1890. Secara umum *privacy* diartikan sebagai *the right of a person to be free from unwarranted publicity*. Hak atas *privacy* meliputi kesendirian seseorang, komunikasi yang dilakukan oleh seseorang, data seseorang, dan personal seseorang. Dalam berbagai kasus yang terjadi, perkembangan teknologi adalah salah satu faktor penyebab terjadinya pelanggaran *privacy*. Kebebasan untuk mengakses informasi publik tidak boleh melanggar hak atas *privacy*.

Berbicara "hak", tidak cukup hanya definisi dan macam-macamnya saja, persoalan penyalahgunaan hak (*misbruik van recht, abus*

de droit) juga merupakan persoalan yang krusal untuk dibahas. Suatu adagium kuno berbunyi *neminem laedit qui sui iure utitur* (terjemahan bebas: tidak seorang pun dirugikan oleh penggunaan hak). Simak juga ungkapan Gaius, ahli hukum Romawi Kuno, yang mengatakan *male enim nostro iure uti non debimus* (terjemahan bebas: memang, kita tidak boleh menggunakan hak kita untuk tujuan tidak baik).[65] Dari kedua ungkapan tersebut dapat disimpulkan bahwa penggunaan suatu hak atau kewenangan harus merupakan suatu tindakan menurut hukum dan tidak merugikan orang lain. Korupsi adalah contoh paling populer untuk penyalahgunaan hak ini. Berikutnya adalah pembahasan tentang "kewajiban". Sederhananya kewajiban adalah beban yang diberikan oleh hukum kepada orang atau badan hukum. Misalnya kewajiban bagi seorang PNS untuk membayar pajak penghasilan sesuai dengan ketentuan perpajakan yang berlaku.[66] Literatur lain mengatakan bahwa yang dinamakan kewajiban ialah suatu beban yang bersifat kontraktual.[67] Penulis sendiri berpendapat bahwa kewajiban adalah segala sesuatu yang harus dilakukan oleh seseorang, tidak hanya yang diberikan oleh kaidah/norma hukum saja, tetapi juga beban untuk harus melakukan sesuatu yang diberikan oleh kaidah/norma agama, kaidah/norma kesusilaan, dan kaidah/norma kesopanan. Apabila seseorang tersebut tidak melaksanakan kewajiban-kewajiban tersebut, seseorang tersebut akan mendapat sanksi/ganjaran sesuai dengan kaidah/norma yang dilanggarnya.

B. KEADILAN

Seperti halnya akan hak dan kewajiban, pembahasan mengenai keadilan akan menjadi pembahasan yang seolah-olah tidak pernah ada habisnya. Kehidupan seorang manusia tidak akan pernah lepas dari pertanyaan dan pernyataan "apakah saya sudah mendapatkan keadilan?", "ini adil versi siapa, saya atau kamu?", "ini sangat tidak adil!", "saya butuh keadilan",

65 Ibid., hal. 181.
66 Baca Dudu Duswara Mahmudin, Op.cit., hal 54.
67 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 49.

kecaman-kecaman terhadap subjek lainnya tentang keadilan juga sering terlontar "ah wasitnya tidak adil, berat sebelah, pantas saja dia bisa menang", "gimana sih ibu ini, koq kasih nilai saya D, padahal saya kan sudah ngumpulin tugas, ibu ini ndak adil" atau bahkan karena khilaf atau memang tipis imannya seseorang pernah mengatakan "Tuhan tidak Adil", padahal kita ketahui bahwa Tuhan Maha Adil dan Tuhan tidak mungkin salah dalam memberikan sesuatu kepada hamba-Nya. Lantas apakah yang dinamakan adil atau keadilan itu?.

Pemaknaan terhadap adil atau keadilan memerlukan proses perenungan dan pemahaman yang tidak sebentar, seseorang bisa saja merasakan adil atau ketidak adilan dalam waktu yang berbeda atau bersamaan. Pencarian terhadap hakikat adil atau keadilan yang sebenar-benarnya akan terus berlangsung selama manusia tersebut hidup di dunia ini, barulah setelah di akhirat manusia tersebut akan merasakan adil yang se-adil-adilnya. Hanya Pengadilan Tuhan yang mampu memberikan itu.

Persoalan memikirkan makna keadilan ini telah lama menjadi objek pemikiran setiap manusia. Paling umum adalah teori keadilan oleh Filsuf Aristoteles yang memperkenalkan teori etis dalam bukunya yang berjudul Rhetorica dan Ethica Nicomachea. Teori ini berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan. Keadilan di sini adalah *ius suum cuique tribuere* (slogan lengkapnya *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*) yang dapat diartikan "memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya". Selanjutnya Aristoteles membagi keadilan menjadi 2, yaitu keadilan komutatif (keadilan yang memberikan kepada tiap orang menurut jasanya) dan keadilan distributif (keadilan yang memberikan jatah kepada setiap orang sama banyaknya tanpa harus mengingat jasa-jasa perseorangan).[68]

Dalam perkembangannya, macam keadilan ini tidak hanya terbatas pada keadilan komutatif dan distributif saja, tetapi juga ada yang disebut keadilan vindikatif (memberikan ganjaran atau hukuman kepada seseorang atau lebih sesuai dengan kesalahan yang dilakukannya), keadilan kreatif (memberikan perlindungan kepada seseorang yang dianggap kreatif dalam menghasilkan karya ciptanya), keadilan protektif (memberikan bantuan dan perlindungan kepada setiap manusia sehingga

68 Dudu Duswara Mahmudin, Op.cit., hal. 23-24.

tidak seorang pun dapat diperlakukan sewenang-wenang), dan keadilan legalis (keadilan yang ingin diciptakan oleh undang-undang).[69]

C. MASYARAKAT HUKUM

Masyarakat hukum (*rechts sociale*) adalah sekelompok orang yang berdiam dalam suatu wilayah tertentu di mana di dalam kelompok tersebut berlaku serangkaian peraturan yang menjadi pedoman bertingkah laku bagi setiap anggota kelompok dalam pergaulan hidup mereka. Peraturan itu dibuat oleh kelompok itu sendiri dan berlaku bagi mereka sendiri.[70]

Pendapat lain menyatakan bahwa masyarakat hukum adalah himpunan berbagai kesatuan hukum (*legal unity*), yang satu sama lain terikat dalam suatu hubungan yang teratur. Kesatuan hukum membentuk masyarakat hukum itu dapat berupa individu, kelompok, organisasi, atau badan hukum negara, dan kesatuan-kesatuan lainnya. Sedangkan alat yang dipergunakan untuk mengatur hubungan antar kesatuan hukum itu disebut hukum, yaitu suatu kesatuan sistem hukum yang tersusun atas berbagai komponen. Pengertian ini merupakan refleksi dari kondisi objektif berbagai kelas masyarakat hukum, yang secara umum dapat diklasifikasikan atas 3 golongan utama, yaitu: masyarakat sederhana, masyarakat negara, dan masyarakat internasional.[71]

D. SUBJEK HUKUM

"Apa dan siapa subjek hukum itu? Subjek hukum adalah pendukung hak, yaitu manusia dan atau badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak. Suatu subjek hukum mempunyai kekuasaan untuk mendukung hak. Subjek hukum adalah segala sesuatu yang menurut hukum dapat memiliki hak dan kewajiban atau sebagai pendukung hak dan kewajiban. Menurut macamnya ada dua subjek hukum, yaitu manusia (*natuurlijke persoon*) dan badan hukum (*rechts person*). Khusus mengenai badan hukum, menurut hukum badan hukum dapat dibedakan menjadi 2 yaitu badan hukum publik (desa, kabupaten/

69 Ibid., hal. 25. Untuk pembahasan keadilan, lihat pendapat John Rawls pada footnote Nomor. 37.
70 Ibid., hal. 31.
71 Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, Op.cit., hal. 152-153.

kota, provinsi, dan negara) dan badan hukum perdata (PT, koperasi, dan yayasan).[72]

E. OBJEK HUKUM

Objek Hukum ialah segala sesuatu yang berguna bagi subjek hukum dan dapat menjadi pokok suatu hubungan hukum yang dilakukan oleh para subjek hukum. Dalam bahasa hukum, objek hukum dapat juga disebut hak atau benda yang dapat dikuasai/dimiliki subjek hukum.[73]

Hak sering kali diidentikkan dengan izin atau kewenangan atau kekuasaan. Pemahaman mengenai hak sebagai objek hukum dapat merujuk pada pembahasan hak (poin 1).

Adapun mengenai benda, pada dasarnya sudah diatur pada Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, akan tetapi teori umum mengenai klasifikasi benda adalah teori yang mengklasifikasikan benda bergerak dan benda tidak bergerak (Pasal 504 KUH Perdata) dan teori yang mengklasifikasikan benda yang berwujud (contoh tanah) dan benda yang tidak berwujud (contoh segala hak) (Pasal 503 KUH Perdata).

Suatu benda termasuk benda bergerak atau benda tak bergerak dapat dilihat dari:[74]

1. Sifatnya benda bergerak menurut sifatnya adalah benda yang dapat dipindah-pindahkan dari satu tempat ke tempat yang lainnya. Misalnya: kursi, meja, pulpen, dan lain sebagainya.
2. Benda tak bergerak menurut sifatnya adalah benda yang tidak dapat dipindahkan. Misalnya: tanah, pohon, kebun, sawah, dan lain-lain.
3. Tujuannya

   Benda tak bergerak menurut tujuannya ialah segala benda/barang yang pada sifatnya adalah termasuk ke dalam pengertian benda bergerak, namun senantiasa digunakan oleh pemiliknya dan menjadi alat tetap pada benda yang tidak bergerak. Misalnya di pabrik terdapat benda bergerak menurut sifatnya tapi menjadi benda tak bergerak yaitu penggilingan, apitan besi, tong, dan lain-lain.

72 Baca Dudu Duswara Mahmudin, Op.cit., hal. 32-37. Baca juga Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 241-244.
73 Ibid., hal. 37.
74 A.Siti Soetami, Pengantar Tata Hukum Indonesia, Bandung: Refika Aditama, 2001, hal. 40-41.

4. Undang-Undang
   Benda tak bergerak menurut undang-undang adalah segala hak atas benda tak bergerak. Misalnya hak pakai hasil atas benda yang tak bergerak.
   Benda bergerak karena ketentuan undang-undang adalah segala hak atas benda bergerak. Misalnya sero, hak pakai atas benda bergerak.

F PERISTIWA HUKUM

Peristiwa hukum adalah peristiwa kemasyarakatan yang akibatnya diatur oleh hukum. Contoh perkawinan yang mengakibatkan adanya hak dan kewajiban suami-istri yang diatur oleh hukum perkawinan. Contoh lain, peristiwa transaksi jual beli barang, terdapat akibat yang diatur oleh hukum, yaitu adanya hak dan kewajiban diantara para pihak. Peristiwa hukum dapat dibedakan menjadi dua yaitu:[75]

1. Peristiwa hukum karena perbuatan subjek hukum, adalah semua perbuatan yang dilakukan manusia atau badan hukum yang dapat menimbulkan akibat hukum. Contoh pembuatan surat wasiat atau peristiwa penghibahan barang.
   Subjek hukum sendiri dapat dibedakan menjadi dua yaitu:
   a) perbuatan subjek hukum yang merupakan perbuatan hukum (perbuatan subjek hukum yang akibat hukumnya dikehendaki pelaku, contoh: jual-beli, sewa-menyewa dan lain-lain)
   b) perbuatan subjek hukum yang bukan perbuatan hukum (perbuatan subjek hukum yang akibat hukumnya tidak dikehendaki pelaku, contoh perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) dan *zaakwarneming* (secara sukarela menigikatkan diri untuk mewakili dan menyelesaikan urusan orang lain dengan atau tanpa pengetahuan orang tersebut).
2. Peristiwa hukum yang bukan perbuatan subjek hukum, adalah semua peristiwa hukum yang tidak timbul karena perbuatan subjek hukum, akan tetapi apabila terjadi dapat menimbulkan

75 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 40

akibat-akibat hukum tertentu. Contoh kelahiran, kematian dan kedaluwarsa (kedaluwarsa *aquisitief* yakni kedaluwarsa yang menimbulkan hak dan kedaluwarsa *extinctief* yaitu kedaluwarsa yang melenyapkan kewajiban).

Peter Mahmud Marzuki memiliki definisi dan pembagian peristiwa hukum yang agak berbeda dengan yang di atas. Sebelumnya Peter Mahmud Marzuki, membedakan terlebih dahulu antara fakta biasa dan fakta hukum. Fakta hukum adalah fakta yang diatur oleh hukum. Oleh karena fakta dapat dibedakan menjadi fakta biasa dan fakta hukum, demikian juga dengan peristiwa, yang dapat dibedakan menjadi peristiwa biasa dan peristiwa hukum.

Peristiwa hukum adalah peristiwa yang diatur oleh hukum. Dilihat dari segi isinya, peristiwa hukum dapat terjadi karena:[76]

a. Keadaan tertentu, misalnya orang yang sakit gila menyebabkan pengadilan memutuskan bahwa orang tersebut harus ditempatkan di bawah pengampunan;
b. Kejadian alam, misalnya sebatang pohon disambar petir dan dan tumbang menimpa seorang pengantar surat yang sedang bertugas dengan mengendarai motor dan menewaskannya sehingga menimbulkan masalah asuransi dan tunjangan-tunjangan yang diterima keluarganya;
c. Kejadian fisik yang menyangkut kehidupan manusia, yaitu kelahiran, kematian, dan usia tertentu yang menyebabkan seseorang dianggap cakap untuk melakukan tindakan hukum.

Adanya orang gila, pohon disambar petir, kelahiran, pertumbuhan, dan kematian seseorang sebenarnya merupakan peristiwa-peristiwa biasa. Akan tetapi, karena peristiwa-peristiwa itu berkaitan dengan hak dan kewajiban subjek hukum, peristiwa-peristiwa itu menjadi peristiwa-peristiwa hukum.[77]

G. PERBUATAN HUKUM

Mengenai perbuatan hukum pada dasarnya dapat dipahami secara bersamaan ketika memahami peristiwa hukum. Terdapat peristiwa

76 Baca Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 244-246.
77 Ibid.

hukum yang terjadi dikarenakan perbuatan subjek hukum, perbuatan inilah yang dinamakan perbuatan hukum.

Peter Mahmud Marzuki menggunakan istilah tindakan hukum. Tindakan hukum adalah tindakan yang diatur oleh hukum, yaitu:[78]

a. Tindakan menurut hukum, misalnya jual beli, membuat testamen, melangsungkan perkawinan, dan lain-lain;
b. Tindakan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang, misalnya jual beli narkoba, menghilangkan nyawa orang lain, dan lain-lain.
c. Tindakan yang melanggar hukum, misalnya perbuatan merugikan orang lain, persaingan curang, dan lain-lain.
d. Tindakan karena tidak memenuhi kewajiban yang di dalam hukum hal itu disebut wanprestasi (*default*), misalnya tidak membayar utang, tidak mengirim barang yang dipesan oleh pembeli, dan lain-lain.

Dilanjutkan oleh Peter Mahmud Marzuki, dalam hukum berbuat sesuatu adalah melakukan perbuatan, sedangkan tidak berbuat adalah sesuatu yang seharusnya ia perbuat merupakan pengabaian (*omission*/*nalaten*). Pengabaian ini lebih berkonotasi kepada hukum *public*, khususnya hukum pidana. Misalnya membiarkan orang yang butuh pertolongan, seorang komandan polisi yang membiarkan anak buahnya melakukan tindakan yang menyalahi prosedur dalam sebuah situasi unjuk rasa. Perlu diketahui bahwa pengabaian ini hanya dilakukan oleh manusia, badan hukum tidak mungkin melakukan pengabaian, jikalau terdapat kejadian yang melibatkan badan hukum, maka personel dalam dalam badan hukum itulah yang dianggap melakukan pengabaian.[79] Untuk dapat melakukan perbuatan hukum, diperlukan syarat-syarat tertentu. L.J. van Apeldoorn menyatakan bahwa subjek hukum adalah setiap orang yang mempunyai kemampuan untuk memegang hak. Kemampuan untuk memegang hak harus dibedakan dari kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Orang-orang yang masih di bawah umur dan mereka yang berada di bawah pengampunan adalah subjek hukum sehingga mereka mempunyai hak. Akan tetapi oleh hukum mereka dipandang tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Sebenarnya semua orang dianggap mampu melakukan tindakan hukum kecuali untuk melakukan

78 Ibid., hal. 246-247.
79 Ibid., hal. 247-248.

tindakan hukum kecuali undang-undang menetapkan lain. Saat sekarang, yang dinyatakan tidak cakap melakukan perbuatan hukum oleh hampir semua undang-undang adalah mereka yang masih belum cukup umur dan mereka yang ditempatkan di bawah pengampunan.[80]

Dilihat dari segi aturan yang mengatur perbuatan itu perbuatan hukum dapat dibedakan antara perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum privat dan perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum publik.[81]

H. HUBUNGAN HUKUM

Hubungan hukum adalah hubungan yang diatur oleh hukum, yang tidak diatur oleh hukum bukan merupakan hubungan hukum. Pertunangan dan lamaran misalnya, bukan merupakan hubungan hukum. Hubungan hukum dapat terjadi di antara sesama subjek hukum dan antara subjek hukum dengan barang. Dilihat dari sifat hubungannya, hubungan hukum dapat dibedakan antara hubungan hukum yang bersifat privat dan hubungan hukum yang bersifat publik. Untuk menentukan sifat hubungan hukum tersebut, indikatornya adalah hakikat hubungan itu. Arti penting mengetahui hakikat hubungan hukum adalah untuk mengetahui rezim hukum yang menguasai hubungan tersebut untuk kemudian menentukan pengadilan mana yang mempunyai kompetensi absolut untuk mneyelesaikan persengketaan yang mungkin saja timbul di kemudian hari. Apabila hakikat hubungan tersebut bersifat privat, siapa pun yang menjadi pihak dalam sengketa tersebut, sengketa tersebut berada dalam kompetensi peradilan perdata, kecuali sengketanya mempunyai sifat khusus, misalnya kepailitan yang berkompeten mengadili adalah pengadilan khusus (di Indonesia adalah Pengadilan Niaga). Demikian juga apabila hakikat hubungan itu bersifat publik, yang mempunyai kompetensi untuk menangani sengketa adalah pengadilan dalam ruang lingkup hukum publik, apakah peradilan umum, peradilan administrasi, dan lain-lain.[82]

80 Ibid., hal. 249-250.
81 Ibid., hal. 251-253.
82 Ibid., hal. 253-256.

I. AKIBAT HUKUM

Peristiwa hukum dan perbuatan hukum menimbulkan akibat hukum, yaitu akibat yang diatur oleh hukum. Suatu peristiwa hukum dapat menimbulkan beberapa akibat hukum. Contoh peristiwa hukum tentang sebatang pohon yang disambar petir dan tumbang menimpa seseorang dan menewaskannya dapat menimbulkan dua akibat hukum, yaitu pewarisan hak milik orang yang meninggal tersebut dan kewajiban asuransi membayarkan santunan kepada keluarganya. Begitu pula perbuatan hukum dapat menimbulkan lebih dari satu akibat hukum. Sebagai contoh, jual-beli menimbulkan akibat hukum pembeli wajib membayar dan berhak menerima barang yang telah dibelinya, sebaliknya penjual wajib menyerahkan barang dan berhak menerima pembayaran atas barang tersebut.[83]

83 Ibid., hal. 250-251.

BAB 7

SUMBER HUKUM

A. DEFINISI SUMBER HUKUM

Sumber-sumber hukum dapat diartikan sebagai bahan-bahan yang digunakan sebagai dasar oleh pengadilan dalam memutus perkara.[84] Kata sumber hukum sering digunakan dalam beberapa arti, yaitu:[85]

a. sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa dan sebagainya.
b. menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan kepada hukum yang sekarang berlaku: hukum Perancis, hukum Romawi.
c. sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlakunya secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat).
d. sebagai sumber dari mana kita dapat mengenal hukum, misalnya dokumen, undang-undang, lontar, batu bertulis, dan sebagainya.
e. sebagai sumber terjadinya hukum: sumber yang menimbulkan hukum. Sumber hukum adalah tempat di mana kita dapat melihat bentuk perwujudan hukum. Dengan kata lain, sumber hukum adalah segala sesuatu yang dapat menimbulkan atau melahirkan hukum. Singkatnya, sumber hukum dapat juga disebut asal mula hukum.[86]

B. JENIS-JENIS SUMBER HUKUM

Beberapa ahli hukum membagi sumber hukum yang masing-masing bisa berbeda antara yang satu dengan lainnya, Van Apeldoorn membedakan

84 Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 301.
85 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 82.
86 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 77.

empat macam sumber hukum yaitu: 1). Sumber hukum dalam arti historis, 2). Sumber hukum dalam arti *teleologis*, 3). Sumber hukum dalam arti filosofis, 4). Sumber hukum dalam arti formil. Achmad Sanoesi membagi sumber hukum menjadi dua kelompok, yaitu: 1). Sumber hukum normal (terbagi menjadi sumber hukum yang langsung atas pengakuan undang-undang), 2). Sumber hukum abnormal. Algra membagi sumber hukum menjadi 1). Sumber hukum materiil, 2). Sumber hukum formil.[87]

Dari pendapat di atas, yang umum dipakai adalah pembagian yang terakhir, yaitu sumber hukum materiil dan sumber hukum formil. Berikut penjelasan singkatnya:

a. Sumber Hukum Materiil

Sumber hukum materiil ialah tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum, misalnya hubungan sosial, hubungan kekuatan politik, situasi sosial ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah (kriminologi, lalu lintas), perkembangan internasional, keadaan geografis.[88]

Dalam literatur lain dijelaskan bahwa sumber hukum dalam arti materiil adalah sumber berasalnya substansi hukum. Salmond dan Bodenheimer merujuk kepada hukum yang tidak dibuat oleh organ negara merupakan sumber-sumber hukum dalam arti materiil. Sumber-sumber dalam arti materiil berupa kebiasaan, perjanjian, dan lain-lain.[89] Berbeda tapi memiliki makna yang sama, literatur lain lagi menjelaskan bahwa sumber hukum materiil adalah beberapa faktor yang dianggap dapat menentukan isi hukum. Faktor yang dimaksud di sini adalah faktor idiil dan faktor riil. Faktor idiil adalah beberapa patokan yang tetap tentang keadilan yang harus ditaati oleh para pembentuk hukum. Sedangkan faktor riil adalah hal-hal yang benar-benar hidup dalam mayarakat dan merupakan petunjuk hidup bagi masyarakat yang bersangkutan.[90]

Utrecht berpendapat bahwa sumber-sumber hukum materiil adalah perasaan hukum atau keyakinan hukum individu dan

87 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 82-85.
88 Ibid., hal. 83.
89 Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 304-305.
90 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 77-78.

pendapat umum (*public opinion*), yang menjadi faktor penentu dari isi hukum (*determinant materiil*).[91]

b. Sumber Hukum Formil/Formal.

Sumber hukum formal adalah sumber hukum ditinjau dari segi pembentukannya. Dalam sumber hukum formal ini terdapat rumusan berbagai aturan yang merupakan dasar kekuatan mengikatnya peraturan agar ditaati masyarakat dan penegak hukum. Atau dapat juga dikatakan bahwa sumber hukum formal merupakan *causa efficient* dari hukum. Utrecht berpendapat sumber hukum formal adalah yang menjadi determinan formal membentuk hukum (*formele determinanten van de rechtsvorming*), menentukan berlakunya hukum.[92] Sumber hukum formil merupakan tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu formal berlaku.[93] Pendapat lain mengatakan bahwa sumber hukum dalam arti formal sebagai sumber berasalnya kekuatan mengikat dan validitas. Hukum yang dibuat oleh negara sumber-sumber hukum dalam arti formal. Sumber-sumber yang tersedia dalam formulasi-formulasi tekstual yang berupa dokumen-dokumen resmi adalah sumber hukum dalam arti formal.[94]

---

91 Ibid., hal. 78. Bandingkan Pendapat Jurgen Habermas yang mengatakan bahwa Konsep Hukum sebagai ekspresi kehendak melibatkan klaim sebagai elemennya, yang disahkan lewat serangkaian dominas dan di satu sisi hukum sebagai ekspresi rasio tetap mempertahankan elemen lain yang lebih tua, yang berakar di dalam kelahiran opini publik. Selanjutnya Menurut Habermas, berdasarkan tujuan awalnya, aturan hukum ingin mematahkan dominasi apa pun. Negara Modern menjadikan kedaulatan rakyat sebagai prinsi pembenarannya, yang pada gilirannya mengusung opini publik, tanpa atribut ini, tanpa subtitusi opini sebagai asal-usul sumea otoritas bagi putusan-putusan yang mengikat secara keseluruhan ini, demokrasi modern kehilangan subtansi kebenarannya. Selanjutnya, legislasi bukan dari hasil dari kehendak politis, melainka dari kesepakatan rasional. Opini publik pada prinsipnya menentang kesewenangan dan meninggikan hukum-hukum imanen di dalam sebuah publik yang dipadukan dengan pribadi-pribadi privat yang berdebat secara kritis dengan suatu cara agar properti dari kehendak tertinggi manusia, dalam maknanya yang rigid, yang melebihi semua hukum, dan kita sebut kekuasaan tidak bisa dilekatkan padanya. Dari hal tersebut bahwa, Habermas menginginkan hukum sebagai penghubung antara kepentingan dengan melalui perdebatan secara kritis untuk menemukan kesepakatan umum untuk tujuan kepentingan bersama., Lihat, Jurgen Habermas, The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Categori of Bourgeois Society, Polity Press, 1990. Yang diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Yudi Santoso, Ruang Publik: Sebuah Kajin tentang Kategori Masyarakat Borjuis, Bantul: Kreasi Wacana, 2012, hal. 117 et seq.

92 Ibid.

93 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 83.

94 Peter Mahmud Marzuki, Loc.cit.

Sumber hukum dalam arti formal ini secara umum dapat dibedakan menjadi:[95]

1. Undang-undang (*statute*)
2. Kebiasaan dan adat (*custom*)
3. Traktat (*treaty*) atau perjanjian atau konvensi internasional.
4. Yurisprudensi (*case law, judge made law*)
5. Pendapat ahli hukum terkenal (*doctrin*e)

Dalam mempelajari sumber hukum formal ini, sering kali lupa bahwa masih ada sumber hukum penting, khususnya di bidang hukum tata negara di samping sumber hukum formal di atas, yaitu proklamasi dan revolusi kemerdekaan, *coup d'etat* yang berhasil, takluknya suatu negara kepada negara lain.[96]

Menarik untuk dikaji lebih mendalam adalah perbedaan sumber hukum yang dianut oleh dua sistem hukum besar dunia. Kedua sistem tersebut adalah sistem *civil law* dan sistem *common law*. Sumber-sumber hukum di negara-negara penganut sistem *common law* hanya yurisprudensi (*judge made law* di Inggris, *case law* di AS) dan perundang-undangan (*statute law*). Sementara itu di negara-negara penganut sistem *civil law* sumber hukum dalam arti formilnya berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan dan yurisprudensi.

Secara spesifik di Indonesia, Pasal 2 Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU P3) menyebutkan "Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara". Maksudnya adalah bahwa penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara adalah sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan Peraturan Perundang-Undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.[97]

95 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 79.

96 Ibid.

97 Lihat Penjelasan Pasal 2 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Perundang-undangan.

Dalam Pasal 7 ayat (1) UU P3 disebutkan bahwa hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia terdiri atas:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Dilanjutkan dalam Pasal 8 ayat (1) UU P3 bahwa Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Keberadaan peraturan perundang-undangan tersebut di atas diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-Undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan (Pasal 8 ayat (2) UU P3).

BAB 8

KLASIFIKASI HUKUM

A. HUKUM MENURUT FUNGSINYA[98]

a. Hukum Materiil (*substantive law*), terdiri dari peraturan-peraturan yang memberi hak dan membebani dengan kewajiban-kewajiban.
b. Hukum Formil (*adjective law*), peraturan hukum yang fungsinya melaksanakan atau menegakkan hukum materiil atau menentukan bagaimana caranya melaksanakan hukum materiil, bagaimana caranya mewujudkan hak dan kewajiban dalam hal ada pelanggaran hukum atau sengketa.

B. HUKUM MENURUT SAAT BERLAKUNYA.[99]

a. *Ius Constitutum*, hukum yang telah ditetapkan atau hukum yang berlaku sekarang atau lazim disebut hukum positif.
b. *Ius Constituendum*, hukum yang masih harus ditetapkan, hukum yang akan datang atau hukum yang dicita-citakan.

C. HUKUM MENURUT DAYA KERJANYA.[100]

a. Hukum yang bersifat memaksa (imperatif), kaidah hukum yang dalam keadaan apa pun harus ditaati dan bersifat mutlak daya ikatnya.

98 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 127. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 63-64. Dalam buku yang disebut terakhir, hukum materiill dan hukum formil dimasukkan ke dalam klasifikasi hukum berdasarkan cara mempertahankannya. Secara makna tidak berbeda dengan kalsifikasi hukum menurut fungsinya.

99 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal. 127-128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 62-63. Dalam buku yang disebut terakhir klasifikasi hukum menurut saat berlakunya ditambah dengan Hukum Universal, yaitu hukum yang dianggap berlaku tanpa mengenal batas ruang dan waktu, berlaku sepanjang masa.

100 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal. 32-33 dan 128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 64.

b. Hukum yang bersifat melengkapi (fakultatif), kaidah hukum yang dapat dikesampingkan oleh para pihak dengan jalan membuat ketentuan khusus dalam perjanjian yang mereka adakan.

D. HUKUM MENURUT BENTUKNYA[101]

a. Hukum Tertulis, kaidah-kaidah hukum yang dicantumkan atau tertuang dalam berbagai bentuk peraturan perundang-undangan.
b. Hukum Tidak Tertulis, kaidah hukum yang tidak tertulis itu tumbuh di dalam dan bersama masyarakat secara spontan dan mudah menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat.

E. HUKUM MENURUT WILAYAH BERLAKUNYA[102]

a. Hukum Nasional, hukum yang berlaku dalam suatu negara.
b. Hukum Internasional, hukum yang berlaku melintasi batas wilayah suatu negara.

Dalam literatur lain disebutkan bahwa hukum menurut wilayah/ tempat berlakunya dibagi menjadi hukum nasional, hukum internasional, hukum asing (hukum yang berlaku dalam negara lain), dan hukum gereja (hukum yang ditetapkan gereja untuk para anggotanya). Hans Kelsen juga memberikan pendapat bahwa keberlakuan hukum meliputi 4 macam lingkungan, yaitu: a). waktu berlakunya (mulai dan berakhir), b). daerah berlakunya, c). terhadap siapa berlakunya, dan d). soal-soal apa yang diaturnya.

F. HUKUM MENURUT ISINYA

a. *Lex Generalis*, hukum yang berlaku umum dan merupakan dasar, misalnya hukum perdata.

101 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal.33 dan 128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 58-60.
102 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal. 128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 62.

b. *Lex Specialis*, hukum yang berlaku khusus, misalnya hukum dagang.

Selain itu, dari segi isinya, hukum dapat juga dibagi menjadi:[103]

a. Hukum Privat, hukum yang berkaitan dengan kepentingan individu seperti hukum bisnis, hukum perdata, hukum acara perdata.
b. Hukum Publik, hukum yang berkaitan dengan fungsi negara seperti HTN, HAN, hukum pidana, hukum acara pidana.

G. HUKUM MENURUT SUMBERNYA[104]

a. Hukum Undang-Undang, hukum yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan.
b. Hukum Adat, hukum yang diambil dari peraturan-peraturan adat.
c. Hukum Yurisprudensi, hukum yang terbentuk dari putusan pengadilan.
d. Hukum Traktat, hukum yang ditetapkan oleh hukum internasional melalui perjanjian internasional.
e. Hukum Doktrin, hukum yang berasal dari pendapat para ahli.

H. HUKUM MENURUT WUJUDNYA[105]

a. Hukum Objektif, kaidah hukum dalam suatu negara yag berlaku umum dan tidak dimaksudkan untuk mengatur sikap tindak orang tertentu saja.
b. Hukum Subjektif, hukum yang timbul dari hukum objektif dan berlaku terhadap seorang tertentu.

103 Baca Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 211-234.
104 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 58.
105 Ibid., hal. 65.

BAB 9

ASAS HUKUM

A. PENGERTIAN ASAS HUKUM

Sebelum membahas asas hukum, perlu dipahami terlebih dahulu apa yang disebut asas dan prinsip, apakah kedua hal tersebut sama atau beda? Karena seringkali kata "asas" juga dimaknai sebagai "prinsip", begitu juga sebaliknya. Tesaurus Bahasa Indonesia memberi arti untuk kata "asas" sebagai (1) n akar, alas, basis, dasar, fondasi, fundamen, hakikat, hukum, landasan, lunas, pangkal, pegangan, pilar, pokok, prinsip, rukun, sandaran, sendi, teras, tiang, tonggak; (2) n hukum, kaidah, kode etik, norma, patokan, pedoman, pijakan, tata cara. Sedangkan kata "prinsip" dimaknai sebagai (1) n asas, dasar, etika, hakikat, pokok, rukun, sendi; (2) filsafat, kepercayaan, keyakinan, kredo, mandu, opini, paham, pandangan, pendapat, pendirian, sikap; (3) ajaran, diktum, dogma, doktrin, etik, hukum, kaidah, patokan, pedoman, pijakan.[106] Berdasarkan tesaurus Bahasa Indonesia, adalah sama antara asas dan prinsip.

Dalam Bahasa Inggris, ternyata juga sama, asas diterjemahkan dengan *principle; principality*, prinsip juga diterjemahkan dengan *principle*; *principality*. Demikian juga sebaliknya *principle* di Bahasa Indonesiakan menjadi asas; dasar. *Oxford Dictionary* menjelaskan *principle* sebagai (1) *moral rule or strong belief that influences your actions*; (2) *basic general truth*.[107] Kamus hukum memberikan pemaknaan asas sebagai suatu alam pikiran yang dirumuskan secara luas dan mendasari adanya sesuatu norma hukum, sedangkan untuk prinsip dibagi menjadi dua yaitu *principia* prima (norma-norma kehidupan yang berlaku secara fundamental, universal dan mutlak serta kekal [berlaku bagi segala bangsa dan masa]) dan *principia secundaria* (norma-norma yang tidak fundamental, tidak

106 Tim Redaksi Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional, 2008, hal. 29 dan 386.

107 Oxford Learner's Pocket Dictionary; New Edition Oxford University Press, 2003, hal. 340.

universal, tidak mutlak, melainkan relatif, tergantung pada manusianya.[108] Berdasarkan penjelasan di atas, dapat dikatakan bahwa "asas" dan "prinsip" memiliki makna yang sama, keduanya dimaknai sebagai dasar dari suatu hal tertentu, di mana keduanya juga bersifat abstrak. Perbedaannya hanya pada penggunaan dan kata yang mengikutinya. Dalam literatur-literatur dan peraturan perundang-undangan Indonesia umumnya menggunakan kata asas (contoh: asas kedaulatan, asas pengayoman dan lain-lain), sedangkan literatur barat menggunakan kata prinsip/*principle* (contoh: *principle of the sovereign equality*, *self-defence principle*, *archipelagic state principle* dan lain-lain).[109] Selanjutnya, apakah asas hukum itu? Terdapat beberapa pendapat mengenai asas hukum, antara lain:[110]

1. Bellefroid: asas hukum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Asas hukum itu merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat.
2. Van Eikema Hommes: asas hukum itu tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang konkret, akan tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. Pembentukan hukum praktis perlu berorientasi pada asas-asas hukum tersebut. Dengan kata lain, asas hukum ialah dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif.
3. The Liang Gie: asas adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya, yang diterapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu.
4. P. Scholten: asas hukum adalah kecenderungan-kecenderungan yang disyaratkan oleh pandangan kesusilaan kita pada hukum, merupakan sifat-sifat umum dengan segala keterbatasannya sebagai pembawaan yang umum itu, tetapi yang tidak boleh tidak harus ada.

108 Kamus Hukum, Citra Umbara, Bandung, 2008, hal. 31 dan 401. Lihat juga Immanual Kant tentang first and second principle dalam Hari Chand, Modern Jurisprudence, International Law Book Services, 2005, Selangor, hal. 48.

109 Mahendra Putra Kurnia, Hukum Kewilayahan Indonesia, Harmonisasi Hukum Pengembangan Kawasan Perbatasan NKRI Berbasis Teknologi Geospasial, Malang: UB Press, 2011, hal. 97.

110 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 34. Lihat juga Sudikno Mertokusumo, Penemuan Hukum; Suatu Pengantar, Yogyakarta: Liberty, 2007, hal. 5.

Dapatlah disimpulkan bahwa asas hukum atau prinsip hukum bukanlah peraturan hukum konkret, melainkan merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang konkret yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat diketemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkret tersebut. Fungsi ilmu hukum adalah mencari asas hukum ini dalam hukum positif. Jadi asas hukum bukanlah kaidah hukum yang konkret melainkan merupakan latar belakang peraturan yang konkret dan bersifat umum atau abstrak. Asas hukum umumnya tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkret atau pasal-pasal, akan tetapi tidak jarang asas hukum itu dituangkan dalam peraturan konkret.[111]

Asas hukum mempunyai dua landasan. Pertama asas hukum itu berakar dalam kenyataan masyarakat dan kedua pada nilai-nilai yang dipilih sebagai pedoman oleh kehidupan bersama. Penyatuan faktor riil dan idiil hukum ini merupakan fungsi asas hukum.[112] Asas hukum mempunyai dua fungsi, yaitu:[113]

1. Fungsi dalam hukum: asas dalam hukum mendasarkan eksistensinya pada rumusan oleh pembentuk undang-undang dan hakim (ini merupakan fungsi yang bersifat mengesahkan) serta mempunyai pengaruh yang normatif dan mengikat para pihak.
2. Fungsi dalam ilmu hukum: asas dalam ilmu hukum hanya bersifat mengatur dan eksplikatif (menjelaskan). Tujuannya adalah memberi ikhtisar, tidak normatif sifatnya dan tidak termasuk hukum positif.

Sifat instrumental asas hukum ialah bahwa asas hukum mengakui adanya kemungkinan-kemungkinan, yang berarti memungkinkan adanya penyimpangan-penyimpangan, sehingga membuat sistem hukum itu luwes. Asas hukum dibagi juga menjadi dua, yaitu:[114]

1. Asas hukum umum: ialah asas hukum yang berhubungan dengan seluruh bidang hukum, seperti asas *lex posteriori derogate legi priori*.

111 Ibid., hal. 35.
112 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 6.
113 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 36.
114 Ibid.

2. Asas hukum khusus: berfungsi dalam bidang yang lebih sempit, seperti dalam bidang hukum perdata, hukum pidana, dan sebagainya. Contoh: asas *pacta sunt servanda*, asas *konsensualisme*, asas praduga tak bersalah.

B. ASAS HUKUM PIDANA

Bidang hukum pidana adalah bidang hukum yang memuat peraturan tentang pelanggaran dan kejahatan serta sanksi yang akan diberikan atas pelanggaran dan kejahatan tersebut. Hukum pidana dibagi ke dalam hukum pidana materiil dan hukum pidana formil. Hukum pidana materiil adalah peraturan-peraturan yang menegaskan tentang perbuatan apa yang dapat dikenakan hukuman, siapa yang dapat dihukum dan dengan hukuman apa. Sedangkan hukum pidana formil adalah peraturan yang mengatur cara-cara untuk menghukum seseorang yang melanggar peraturan dari hukum pidana materiil.[115]

Perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana dan diancam dengan saksi pidana disebut juga dengan delik. Sesuatu perbuatan dikatakan perbuatan pidana dan dapat dikenai sanksi apabila perbuatan tersebut dilarang dalam suatu peraturan perundang-undangan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat 1 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau dikenal dengan asas legalitas (*legality principle*).[116]

Berikut beberapa asas-asas umum yang ada dalam hukum pidana:[117]

1. Asas legalitas: didasarkan pada adagium *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenale*, asas ini tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP, maksudnya adalah "tiada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan".

115 H.Muchsin, Ikhtisar Hukum Indonesia, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hal. 66-67.

116 Ibid., hal. 66.

117 12 Disarikan dari H.Muchsin, Ikhtisar Hukum Indonesia, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hal. 66-67., Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 69., Bachsan Mustafa, Op.cit., hal. 164., A. Siti Soetami, Op.cit., hal. 68-72., dan KUHP.

2. Asas teritorialitas: asas yang memberlakukan KUHP bagi semua orang yang melakukan perbuatan pidana di wilayah Indonesia (Pasal 2 dan 3 KUHP).
3. Asas nasional aktif: asas yang memberlakukan KUHP terhadap orang-orang Indonesia yang melakukan perbuatan pidana di luar wilayah Indonesia, disebut juga asas *personalitet*.
4. Asas nasional pasif: asas yang memberlakukan KUHP terhadap siapa pun baik WNI maupun WNA yang melakukan perbuatan pidana di luar wilayah Indonesia.
5. Asas universalitas: asas yang memberlakukan KUHP terhadap perbuatan pidana yang terjadi di luar wilayah Indonesia yang bertujuan untuk merugikan kepentingan internasional.
6. Asas tidak ada hukuman tanpa kesalahan: disebut juga *geen straf zonder schuld*.
7. Asas bahwa apabila ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah peristiwa itu terjadi, maka dipakailah ketentuan yang paling menguntungkan bagi si tersangka.
8. Asas hapusnya kewenangan menuntut pidana dan menjalankan pidana karena: (a) *nebis in idem* (tidak boleh dituntut dua kali karena perbuatan yang oleh hakim terhadap dirinya telah diadili dengan putusan yang menjadi tetap-Pasal 76 KUHP), (b) kekedaluwarsa (Pasal 78 KUHP), (c) matinya terdakwa (Pasal 77 KUHP), (d) pembayaran denda (Pasal 82), (e) grasi, amnesti, dan abolisi.
9. dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Pidana.

C. ASAS HUKUM PERDATA

Hukum Perdata dalam arti luas meliputi semua hukum privat materiil, yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.[118] Dalam literatur lain disebutkan bahwa hukum perdata (*privatrecht*) ialah ketentuan-ketentuan yang mengatur dan membatasi setiap langkah manusia dalam memenuhi kepentingan pribadinya. Paul Scholten mendefinisikan hukum perdata sebagai hukum antara

118 Subekti, Pokok-pokok Hukum Perdata, Intermasa, Jakarta, 1995, hal. 9.

perorangan, hukum yang mengatur hak dan kewajiban perseorangan yang satu terhadap yang lainnya di dalam pergaulan masyarakat dan di dalam hubungan keluarga.[119]

Hukum perdata dibedakan menjadi dua yaitu hukum perdata formal dan hukum perdata materiil. Hukum perdata materiil mengatur kepentingan-kepentingan perdata setiap subjek hukum. Hukum perdata formal berfungsi menerapkan hukum perdata materiil apabila ada yang melanggarnya.[120] Hukum Perdata di Indonesia secara garis besar diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPDT) atau dikenal juga dengan Burgerlijk Wetboek (BW). BW terdiri dari dari 4 bagian yaitu: Buku I memuat hukum tentang orang, Buku II memuat hukum tentang benda, Buku III memuat hukum tentang perikatan, dan Buku IV memuat hukum tentang pembuktian dan daluawarsa.

Berikut asas-asas yang lazim dipergunakan dalam hukum perdata:[121]

1. Asas yang melindungi hak-hak asasi manusia: tercantum dalam Pasal 1-3 BW.
2. Asas bahwa setiap orang harus mempunyai nama dan tempat kediaman hukum (*domicile*): tercantum dalam Pasal 5a dan seterusnya BW.
3. Asas perlindungan kepada orang-orang yang tidak cakap untuk melakukan perbuatan hukum (*rechtsonbekwaam*): tercantum dalam Pasal 1330 BW.
4. Asas yang membagi hak manusia ke dalam hak kebendaan dan hak perorangan.
5. Asas hak milik itu adalah fungsi sosial: bahwa orang tidak dibenarkan untuk membiarkan atau menggunakan hak miliknya secara merugikan orang atau masyarakat (lihat Pasal 1365 BW).
6. Asas *pacta sunt servanda*: setiap perjanjian itu mengikat para pihak dan harus ditaati dengan iktikad baik (lihat Pasal 1338 BW).
7. Asas kebebasan dalam membuat perjanjian dan persetujuan: sering juga dikenal dengan asas kebebasan berkontrak, setiap orang bebas dalam membuat perjanjian bagiamanapun bentuk

119 Muchsin, Op.cit., hal. 56.
120 Ibid., hal. 56-57.
121 Disarikan dari Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 147-156., Bachsan Mustafa, Op.cit., hal. 164., dan BW.

dan isinya dengan syarat tidak bertentangan dengan kesusilaan, tertib hukum, dan undang-undang yang berlaku.

8. dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Perdata.

D. ASAS HUKUM TATA NEGARA

Hukum tata negara adalah sekumpulan peraturan baik tertulis (berwujud perundang-undangan) maupun tidak tertulis (kebiasaan/konvensi) yang mengatur organisasi kekuasaan yang disebut negara, di mana pengaturan tersebut meliputi:[122]

1. Bentuk negara yang dikehendaki.
2. Tata cara pembentukan alat-alat pemegang kekuasaan (alat-alat perlengkapan negara).
3. Wewenang, tugas, fungsi, kewajiban dan tanggung jawab masing-masing alat perlengkapan negara.
4. Hubungan antara alat perlengkapan negara (baik secara horizontal atau pun vertikal).
5. Hubungan antara organisasi kekuasaan (negara) dengan warga negara dan hak asasi manusia.

   Pendapat lain menyebutkan bahwa ilmu hukum tata negara dapat dirumuskan sebagai cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis atau pun yang hidup dalam kenyataan praktik kenegaraan berkenaan dengan:[123]

1. Konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara.
2. Institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya.
3. Mekanisme hubungan antar-institusi itu.
4. Prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dengan warga negara. Asas-asas umum yang sering dijumpai dalam hukum tata negara Indonesia antara lain:
   1. Asas negara kesatuan yang berbentuk republik: tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 UUD NRI Tahun 1945.

122 H.Muchsin, Ikhtisar Hukum Indonesia, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hal. 45.

123 Jimly Asshiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009, hal. 29-30.

2. Asas kedaulatan rakyat: demokrasi (Pasal 1 ayat 2 UUD NRI Tahun 1945).
3. Asas negara hukum: negara yang berdasarkan hukum, bukan berdasarkan kekuasaan semata (Pasal 1 ayat 3 UUD NRI Tahun 1945).
4. Asas otonomi daerah yang di dalamnya terdapat desentralisasi, dekonsentrasi dan tugas pembantuan
5. Asas *check and balance* antar organ negara baik secara internal maupun eksternal.
6. Asas perlindungan hak asasi manusia.
7. Asas keikutsertaan warga negara dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.
8. Asas negara kepulauan yang berciri nusantara.
9. dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Tata Negara.

E. ASAS HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Penyebutan untuk hukum administrasi negara ini bermacam-macam, seringkali disebut hukum tata pemerintahan, ada juga yang menggunakan istilah hukum tata usaha negara. Namun demikian, kesemuanya memiliki makna yang sama. Begitu juga dengan definisi, banyak pendapat yang berbeda namun memiliki makna yang sama. Beberapa pendapat diantaranya mengarah pada perdebatan perbedaan antara hukum tata negara dengan hukum administrasi negara. Bagaimanapun pembedaan yang dilakukan tersebut pada dasarnya tidaklah bersifat fundamental dan hubungan diantaranya tidak dapat dipisahkan, jika dipisahkan hal itu semata-mata karena kebutuhan akan pembagian kerja yang secara praktis diperlukan sebagai akibat pesatnya perkembangan hukum korporatif dari masyarakat hukum teritorial. Sederhananya, mengikuti pemikiran Fritz Werner dan Oppenheim (demikian pula Van Vollenhoven) bahwa hukum administrasi negara itu adalah hukum tata negara yang diletakkan dalam keadaan yang konkret atau bisa juga dipahami hukum tata negara yaitu negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) dan hukum administrasi negara/ hukum tata usaha pemerintahan yaitu negara dalam keadaan bergerak

(*staat in beweging*) atau ketika alat-alat negara itu mulai menjalankan pekerjaan dalam menunaikan tugasnya, seperti yang ditetapkan dalam hukum tata negara.[124]

Asas-asas yang sering dijumpai dalam hukum administrasi negara antara lain:

1. Asas legalitas: setiap perbuatan administrasi negara berdasarkan hukum.[125]
2. Asas kebebasan atau *freies ermessen*: kepada administrasi negara diberikan kebebasan untuk atas inisiatif sendiri menyelesaikan masalah-masalah yang tumbuh dalam masyarakat secara cepat, tepat, dan bermanfaat untuk kepentingan umum, tanpa menunggu adanya perintah terlebih dahulu dari undang-undang yang disebabkan undang-undangnya belum ada atau tidak jelas mengatur masalah tersebut.[126]
3. Asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang baik.
4. Dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Administrasi Negara.

F. ASAS HUKUM INTERNASIONAL

Hukum internasional diartikan sebagai himpunan dari peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan yang mengikat serta mengatur hubungan antara negara-negara dan subjek-subjek hukum lainnya dalam kehidupan masyarakat internasional.[127]

Beberapa asas-asas atau prinsip-prinsip umum yang terdapat dalam hukum internasional antara lain:[128]

1. *Jus Cogen*: sebuah norma yang memiliki keutamaan dibandingkan dengan norma-norma lainnya. Dalam hal suatu norma telah memiliki status *jus cogen* tidak dimungkinkan untuk mengalami pembatalan atau modifikasi oleh tindakan apa pun. *Jus cogen*

124 Lebih lengkapnya baca Jimly Asshiddiqie, Ibid., hal. 41-70.
125 Bachsan Mustafa, Op.cit., hal. 186.
126 Ibid., hal. 188.
127 Boer Mauna, Hukum Internasional Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam era Dinamika Global, Alumni, Bandung, 2000, hal. 1.
128 Disarikan dari Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, Hukum Internasional Kontemporer, Bandung: PT.Refika Aditama, 2006.

sebagai sumber hukum tertinggi tidak dapat dibatalkan oleh suatu kekuatan politik apa pun. Contoh norma-norma *jus cogen* seperti genosida, diskriminasi rasial, agresi, penyiksaan dan perbudakan.

2. Prinsip kesetaraan kedaulatan (*equality before sovereign rights*), setiap negara memiliki kesamaan kedaulatan, kesetaraan hak dan kewajiban, kesetaraan sebagai anggota organisasi internasional, tanpa mempertimbangkan adanya perbedaan ekonomi, sosial, politik, dan sifat lainnya. Di dalam prinsip kesetaraan kedaulatan ini juga terkandung prinsip-prinsip turunannya seperti prinsip non-intervensi, kemerdekaan, *good faith* (iktikad baik), *nonrecognition* (menolak atau mengakui situasi faktual dengan mendasarkan pada alasan-alasan moral dan legal dari situasi tersebut) dan *self determination* (hak menentukan diri sendiri).
3. Prinsip hidup berdampingan secara damai yang di dalam prinsip ini juga terkandung makna larangan menggunakan metode perang sebagai instrumen kebijakan luar negeri serta menyelesaikan sengketa dengan cara-cara damai.
4. *Self defence principles*: pengecualian atas prinsip non-intervensi yang tercantum dalam Pasal 51 Piagam PBB. Penggunaan prinsip ini harus memenuhi 2 elemen yaitu keharusan (*necessity*) dan kepatuhan (*proportionality*).
5. Dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Internasional.

G. ASAS HUKUM ACARA

Hukum acara atau hukum formal adalah peraturan hukum yang mengatur tentang cara bagaimana mempertahankan dan menjalankan peraturan hukum material. Fungsinya menyelesaikan masalah yang memenuhi norma-norma larangan hukum material melalui suatu proses dengan berpedomankan kepada peraturan yang dicantumkan dalam hukum acara. Pelaksanaan menyelesaikan masalah yang diatur dalam hukum material dilakukan oleh hakim dengan berpegang kepada hukum acara. Dalam menyelesaikan masalah itu kehakiman memiliki wewenang yang bebas. Artinya, tidak ada lembaga negara lain yang dapat ikut campur

atau memengaruhinya.[129] Hal ini tercantum dalam Pasal 1 angka 1 UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan "Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia".

Berdasarkan Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945 jo. Pasal 18 UU Nomor 48 Tahun 2009, kekuasaan kehakiman di Indonesia dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Selain yang tersebutkan di atas, juga terdapat lembaga peradilan-peradilan khusus atau pengadilan khusus yang hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Pengadilan khusus ini antara lain pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial dan pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, serta pengadilan pajak yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara.[130]

Secara umum, asas-asas yang digunakan dalam penyelenggaraan kekuasaan kehakiman adalah:[131]

1. Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA" (Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA" adalah sesuai dengan Pasal 29 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menentukan bahwa negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu).

129 R.Abdoel Djamali, Pengantar Hukum Indonesia, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006, hal. 193-194.

130 Lihat Pasal 27 beserta penjelasannya UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

131 Lihat Pasal 2 beserta penjelasannya Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Secara lebih rinci namun dalam batasan-batasan yang bersifat umum, asas-asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman diatur dalam Pasal 3-17 beserta penjelasannya Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

2. Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.
3. Semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan undang-undang.
4. Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan (Yang dimaksud dengan "sederhana" adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara efesien dan efektif. Yang dimaksud dengan "biaya ringan" adalah biaya perkara yang dapat dijangkau oleh masyarakat. Namun demikian, asas sederhana, cepat, dan biaya ringan dalam pemeriksaan dan penyelesaian perkara di pengadilan tidak mengesampingkan ketelitian dan kecermatan dalam mencari kebenaran dan keadilan). Asas-asas lainnya, secara rinci dalam bidang-bidang hukum acara yang lebih spesifik akan dipelajari lebih detail dalam berbagai mata kuliah hukum acara, seperti hukum acara perdata, hukum acara pidana, dan hukum acara tata usaha negara. Selain itu patut dipahami juga asas-asas hukum acara yang terdapat dalam lembaga-lembaga peradilan internasional, seperti Mahkamah Internasional dan Peradilan Pidana Internasional.

BAB 10

PENEGAKAN HUKUM

A. PEMAHAMAN PENEGAKAN HUKUM

"Mengapa hukum harus ditegakkan?" dan "Apa itu penegakan hukum?". Pertanyaan yang sederhana namun mengandung makna yang dalam. Hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Melalui penegakan hukum inilah hukum itu menjadi kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*).[132] Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku, pada dasarnya tidak boleh menyimpang ini dikenal dengan istilah dalam dunia ilmu hukum dengan *fiat justitia et pareat mundus* (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan ketertiban masyarakat.[133] Sebaliknya, masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum adalah untuk manusia, maka pelaksanaan atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau

132 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 160.
133 Ibid.

ditegakkan timbul keresahan di dalam masyarakat.[134] Unsur yang ketiga adalah keadilan. Dalam pelaksanaan atau penegakan hukum harus adil. Baik secara komutatif maupun secara distributif. Dalam menegakkan hukum harus ada kompromi antara ketiga unsur tersebut. Ketiga unsur tersebut harus mendapat perhatian secara proporsional seimbang. Tetapi dalam praktik tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara proporsional seimbang antara ketiga unsur tersebut. Tanpa kepastian hukum orang tidak tahu apa yang harus diperbuatnya dan akhirnya timbul keresahan. Tetapi terlalu menitikberatkan pada kepastian hukum, terlalu ketat menaati peraturan hukum akibatnya akan kaku dan akan menimbulkan rasa tidak adil. Apa pun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati atau dilaksanakan. Undang-undang itu sering terasa kejam apabila dilaksankan secara ketat. *Lex dura*, sed tamen scripta (undang-undang itu kejam, tetapi memang demikianlah bunyinya).[135]

Dalam literatur lain disebutkan bahwa penegakan hukum pada dasarnya berkaitan dengan upaya untuk menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum atau penyimpangan dan pelanggaran terhadap hukum yang berlaku dalam masyarakat. Suatu penegakan hukum, berkaitan dengan beberapa aspek antara lain: (i) keamanan, ketertiban dan perlindungan hukum, dan (ii) keadilan.[136]

Keamanan dan ketertiban berkaitan dengan fungsi dan tujuan hukum. Hukum difungsikan untuk mengatur, mengarahkan, mengendalikan warga masyarakat supaya kehidupan masyarakat berjalan lancar. Tujuannya adalah untuk tercapainya ketertiban dan keamanan dalam masyarakat yang bersangkutan. Namun demikian, hukum tidak hanya sekedar untuk mencapai ketertiban dan keamanan belaka, tetapi juga untuk memberikan perlindungan bagi kepentingan semua pihak. Oleh karena itu, hukum harus ditegakkan apabila terjadi pelanggaran terhadap hukum yang berlaku dalam masyarakat. Hukum harus ditaati semua pihak, baik sebagai penguasa atau sebagai rakyat biasa, hal tersebut sebagai perwujudan asas persamaan di depan hukum.[137]

134 Ibid., hal. 160-161.

135 Ibid., hal. 161-162.

136 Mochamad Munir, Penegakan Hukum Dalam Masyarakat, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 1998, dalam buku berjudul Menuntaskan Agenda Reformasi; Dinamika Pembangunan Hukum di Indonesia, Malang: Setara Press dan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2008, hal. 134.

137 Ibid., hal. 135.

Menarik juga untuk dicermati sebagai pemahaman pamungkas terhadap pemahaman penegakan hukum, bahwa secara konsepsional, maka inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyerasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantahkan dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.[138]

B. LEMBAGA/PIHAK DALAM PENEGAKAN HUKUM

"Lembaga atau pihak apa saja yang terkait dengan upaya penegakan hukum?" dan "apa tugas dan fungsi serta kewenangan dari masing-masing lembaga atau pihak dalam upaya penegakan hukum?". Pertanyaan yang sederhana namun akan terjadi diskusi yang mungkin tidak berujung jika sudah membicarakan lembaga atau pihak yang terkait dengan penegakan hukum. Berkaca pada sistem hukum Indonesia, lembaga atau pihak dalam upaya penegakan hukum dalam arti sempit bisa disebutkan antara lain kehakiman, kejaksaan, kepolisian, pengacara/advokat, dan lembaga pemasyarakatan. Dalam arti yang lebih luas, karena penegakan hukum itu adalah suatu sistem, maka selain lembaga yang telah disebutkan sebelumnya dapat disebutkan juga lembaga-lembaga seperti Komisi Pemberantasan Korupsi, Komisi Yudisial, Ombudsman, Tentara Nasional Indonesia, dan Kementerian Hukum dan HAM RI. Lembaga-lembaga ini terkait baik secara langsung maupun tidak langsung dalam sistem penegakan hukum di Indonesia. Belum lagi dengan lembaga-lembaga yang secara khusus (*specialist*) terlibat dalam penegakan hukum seperti Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen, Arbitrase, dan lain-lain.

"Bagaimana dengan masyarakat pada umumnya?", "apakah masyarakat juga bisa disebut sebagai pihak yang terlibat dalam upaya penegakan hukum?". Tentu saja bisa, masyarakat bisa dikatakan sebagai bagian tak terpisahkan dalam sistem penegakan hukum. Logika sederhana, hukum berlaku di masyarakat, hukum pada dasarnya cerminan dari kehendak masyarakat, pelaku pelanggaran hukum hanya ada dua kategori, pejabat negara dan masyarakat pada umumnya, masyarakat sebagai pihak

138 Soerjono Soekanto, Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007, hal. 5. Dalam bahasa Inggris penegakan hukum sering disebut dengan Law Enforcement.

yang "mengawasi" pelaksanaan hukum oleh lembaga-lembaga pelaksana hukum, apabila terjadi penyalahgunaan atau penyelewengan hukum yang dilakukan oleh lembaga-lembaga pelaksana hukum, masyarakat dapat "bertindak" agar hukum dapat ditegakkan.

Secara khusus, masyarakat tertentu juga dapat membuat, melaksanakan sekaligus menegakkan hukum secara langsung apabila terjadi pelanggaran. Menegakkan hukum secara langsung yang dimaksud di sini bukan perbuatan "main hakim sendiri" atau *eigenrichting*, tetapi lebih ke persoalan masyarakat adat dengan sistem hukum adatnya. Dalam situasi-situasi tertentu, masyarakat adat dapat menegakkan hukum adatnya secara langsung ketika terjadi pelanggaran terhadap hukum adat yang mereka anut.

Berikut akan diberikan pemahaman secara singkat tentang beberapa lembaga penegak hukum di Indonesia:[139]

1. Kepolisian RI

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia (Undang-Undang POLRI). Dalam Pasal 2 disebutkan "fungsi kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat".

Dilanjutkan dalam Pasal 4 bahwa "Kepolisian Negara Republik Indonesia bertujuan untuk mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketenteraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia". Kemudian dalam Pasal 5 Ayat (1) disebutkan bahwa "Kepolisian Negara Republik Indonesia merupakan alat negara yang berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri". Tugas dan wewenang Kepolisian RI tercantum dalam Pasal 13-16 Undang-Undang POLRI.

139 Tidak semua lembaga yang terkait dengan penegakan hukum dijelaskan dalam bab ini, hanya sebagian besar saja. Lembaga-lembaga lainnya dapat dilihat dalam berbagai macam literatur yang terkait dengan penegakan hukum baik secara umum maupun secara khusus.

2. Kejaksaan RI

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia (Undang-Undang Kejaksaan). Dalam Pasal 2 ayat (1) disebutkan "…kejaksaan adalah lembaga pemerintah yang melaksanakan kekuasaan negara di bidang penuntutan serta kewenangan lain berdasarkan undang-undang". Tugas dan kewenangannya diatur dalam Pasal 30-37 Undang-Undang Kejaksaan.

3. Kekuasan Kehakiman RI

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasan Kehakiman (Undang-Undang Kekuasan Kehakiman). Dalam Pasal 1 angka disebutkan "Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia".

Dalam Pasal 18 disebutkan bahwa "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi". Selanjutnya patut dilihat juga ketentuan Pasal 27 ayat (1) beserta penjelasannya Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Inti dari pasal tersebut menyatakan bahwa dapat dibentuk pengadilan khusus dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Dijelaskan lebih lanjut bahwa yang dimaksud dengan "pengadilan khusus" antara lain adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial dan pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, serta pengadilan pajak yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara.

Kewenangan-kewenangan yang dimiliki kekuasaan kehakiman ini diatur dalam Pasal 21-29 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Secara lebih spesifik untuk Mahkamah Agung dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-Undang

Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung dan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, sedangkan untuk Mahkamah Konstitusi dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

4. Lembaga Pemasyarakatan

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan (Undang-UndangP). Dalam Pasal 1 angka 2 jo. Pasal 2 disebutkan "sistem pemasyarakatan adalah suatu tatanan mengenai arah dan batas serta cara pembinaan Warga Binaan Pemasyarakatan berdasarkan Pancasila yang dilaksanakan secara terpadu antara pembina, yang dibina, dan masyarakat untuk meningkatkan kualitas Warga Binaan Pemasyarakatan agar menyadari kesalahan, memperbaiki diri, dan tidak mengulangi tindak pidana sehingga dapat diterima kembali oleh lingkungan masyarakat, dapat aktif berperan dalam pembangunan, dan dapat hidup secara wajar sebagai warga yang baik dan bertanggung jawab". Tugas dan kewenangannya diatur dalam Pasal 6-9 UUP.

5. Advokat/Pengacara

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat (Undang-Undang Advokat). Dalam Pasal 1 angka 1 disebutkan "Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang-Undang ini". Hak dan kewenangan advokat diatur dalam Pasal 14-20 Undang-Undang Advokat.

6. Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK)

Diatur dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Undang-Undang KPK). Sekedar untuk diketahui bahwa Undang-Undang KPK ini telah mengalami perubahan akan tetapi karena tidak mendapat persetujuan dari DPR perubahan tersebut dicabut dan dinyatakan tidak berlaku.[140]

140 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang kemudian dicabut dan dinyatakan tidak berlaku sejak tanggal 4 Maret 2010 melalui Undang-Undang

Pasal 3 Undang-Undang KPK menyebutkan "Komisi Pemberantasan Korupsi adalah lembaga negara yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bersifat independen dan bebas dari pengaruh kekuasaan manapun". Dilanjutkan dalam Pasal 4 "Komisi Pemberantasan Korupsi dibentuk dengan tujuan meningkatkan daya guna dan hasil guna terhadap upaya pemberantasan tindak pidana korupsi". Secara lebih detail, tugas, wewenang, dan kewajiban diatur dalam Pasal 6-15 Undang-Undang KPK.

7. *Ombudsman*[141]

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang *Ombudsman* Republik Indonesia (Undang-Undang *Ombudsman*). Dalam poin a menimbang disebutkan "bahwa pelayanan kepada masyarakat dan penegakan hukum yang dilakukan dalam rangka penyelenggaraan negara dan pemerintahan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari upaya untuk menciptakan pemerintahan yang baik, bersih, dan efisien guna meningkatkan kesejahteraan serta menciptakan keadilan dan kepastian hukum bagi seluruh warga negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".

Selanjutnya dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang *Ombudsman* disebutkan "*Ombudsman* Republik Indonesia yang selanjutnya disebut *Ombudsman* adalah lembaga negara yang mempunyai kewenangan mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik baik yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan termasuk yang

Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2010 Tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

141 Ombudsman secara harfiah diartikan a government appointee who investigates complaints by private persons against the government (diakses dari situs http://www.artikata.com/arti-127854-ombudsman.html hari Minggu 27 November 2011 jam 19.17 Wita). Dalam artikel lain disebutkan bahwa istilah ombudsman, berasal dari kosa kata Swedia yang arti harafiahnya agen, dan makna kontekstualnya adalah seorang public officer yang mempunyai tugas untuk menangani keluhan masyarakat terhadap tindakan-tindakan pemerintah. Secara ideal ombudsman bertindak sebagai "pengacara" bagi masyarakat, yang biasanya bertindak atas keluhan dan pengaduan masyarakat. Namun juga dapat bertindak secara pro-aktif terhadap masalah-masalah yang berkembang dalam masyarakat (diakses dari situs http://icnie.org/2009/05/ombudsman/hari Minggu 27 November 2011 jam 19.18 Wita). Dari situs http://id.wikipedia.org/wiki/Ombudsman (diakses pada hari Minggu 27 November 2011 jam 19.20 Wita) disebutkan Ombudsman adalah seorang pejabat atau badan yang bertugas menyelidiki berbagai keluhan masyarakat. Kata ombudsman berasal dari bahasa Swedia kuno umbuðsmann, artinya perwakilan Selain di tingkat pemerintahan, ombudsman juga dapat ditemui dalam perusahaan, universitas, dan media massa.

diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, dan Badan Hukum Milik Negara serta badan swasta atau perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah".

Secara lebih detail mengenai sifat, asas, tujuan, tugas, fungsi, dan kewenangan *Ombudsman* diatur dalam Pasal 2-10 Undang-Undang *Ombudsman*.

C. FAKTOR-FAKTOR YANG MEMPENGARUHI PENEGAKAN HUKUM

Adapun faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum, menurut Soerjono Soekanto antara lain:[142]

1. Faktor hukumnya sendiri.
2. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum.
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.
5. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Kelima faktor tersebut di atas saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, serta juga merupakan tolok ukur daripada efektivitas penegakan hukum.

1. Faktor Hukum

Masalah-masalah yang terjadi atau gangguan terhadap penegakan hukum yang berasal dari undang-undang mungkin disebabkan karena:[143]

a. Tidak diikutinya asas-asas berlakunya undang-undang,
b. Belum adanya peraturan pelaksanaan yang sangat dibutuhkan untuk menerapkan undang-undang,

142 Soerjono Soekanto. Op.cit., hal.5
143 Ibid., hal.17-18.

c. Ketidakjelasan arti kata-kata di dalam undang-undang yang mengakibatkan kesimpangsiuran di dalam penafsiran serta penerapannya.

2. Faktor Penegak Hukum

Ruang lingkup dari istilah ”penegak hukum” adalah luas sekali. Di dalam tulisan ini yang dimaksudkan dengan penegak hukum akan dibatasi pada kalangan yang secara langsung berkecimpung di dalam bidang penegakan hukum yang tidak hanya mencakup *law enforcement*, akan tetapi juga *peace maintenance*. Kiranya sudah dapat diduga bahwa kalangan tersebut mencakup mereka yang bertugas di bidang-bidang kehakiman, kejaksaan, kepolisian, kepengacaraan dan pemasyarakatan.[144]

Penegak hukum merupakan golongan panutan dalam masyarakat, yang hendaknya mempunyai kemampuan-kemampuan tertentu, sesuai dengan aspirasi masyarakat. Mereka harus dapat berkomunikasi dan mendapatkan pengertian dari golongan sasaran, di samping mampu membawakan atau menjalankan peranan yang dapat diterima oleh mereka. Kecuali dari itu, maka golongan panutan harus dapat memanfaatkan unsur-unsur pola tradisional tertentu, sehingga menggairahkan partisipasi dari golongan sasaran atau masyarakat luas. Golongan panutan juga harus dapat memilih waktu dan lingkungan yang tepat di dalam memperkenalkan norma-norma atau kaidah-kaidah hukum yang baru, serta memberikan keteladanan yang baik.[145]

Halangan-halangan yang mungkin dijumpai pada penerapan yang seharusnya dari golongan panutan atau pengak hukum, mungkin berasal dari dirinya sendiri atau dari lingkungan. Halangan-halangan yang memerlukan penanggulangan tersebut, adalah:[146]

a. Keterbatasan kemampuan untuk menempatkan diri dalam peranan pihak lain dengan siapa dia berinteraksi,
b. Tingkat aspirasi yang relatif belum tinggi,
c. Kegairahan yang sangat terbatas untuk memikirkan masa depan, sehingga sulit sekali untuk membuat suatu proyeksi,
d. Belum adanya kemampuan untuk menunda pemuasan suatu kebutuhan tertentu, terutama kebutuhan materiil,

144 Ibid., hal.19.
145 Ibid., hal.34.
146 Ibid., hal.34-35

e. Kurangnya daya inovatif yang sebenarnya merupakan pasangan konservatisme.

Halangan-halangan tersebut dapat di atasi dengan cara mendidik, melatih, dan membiasakan diri untuk mempunyai sikap-sikap, sebagai berikut:[147]

a. Sikap yang terbuka terhadap pengalaman-pengalaman maupun penemuan-penemuan baru. Artinya, sebanyak mungkin menghilangkan prasangka terhadap hal-hal yang baru atau yang berasal dari luar, sebelum dicoba manfaatnya,
b. Senantiasa siap untuk menerima perubahan-perubahan setelah menilai kekurangan kekurangan yang ada pada saat itu,
c. Peka terhadap masalah-masalah yang terjadi di sekitarnya dengan dilandasi suatu kesadaran bahwa persoalan-persoalan tersebut berkaitan dengan dirinya,
d. Senantiasa mempunyai informasi yang selengkap mungkin mengenai pendiriannya,
e. Orientasi ke masa kini dan masa depan yang sebenarnya merupakan suatu urutan,
f. Menyadari akan potensi-potensi yang ada di dalam dirinya, dan percaya bahwa potensi-potensi tersebut dapat dikembangkan,
g. Berpegang pada suatu perencanaan dan tidak pasrah pada nasib (yang buruk),
h. Percaya pada kemampuan ilmu pengetahuan dan teknologi di dalam meningkatkan kesejahteraan umat manusia,
i. Menyadari dan menghormati hak, kewajiban maupun kehormatan diri sendiri maupun pihak-pihak lain,
j. Berpegang teguh pada keputusan-keputusan yang diambil atas dasar penalaran dan perhitungan yang mantap.

147 Ibid., hal.35-36.

3. Faktor Sarana atau Fasilitas

Tanpa adanya sarana atau fasilitas tertentu, maka tidak mungkin penegakan hukum akan berlangsung dengan lancar. Sarana atau fasilitas tersebut, antara lain, mencakup tenaga manusia yang berpendidikan dan terampil, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan seterusnya. Kalau hal-hal itu tidak terpenuhi, maka mustahil penegakan hukum akan mencapai tujuannya.[148]

Oleh karena itu, untuk masalah sarana atau fasilitas, sebaiknya dianuti jalan pikiran sebagai berikut:[149]

a. Yang tidak ada - diadakan yang baru betul,
b. Yang rusak atau salah - diperbaiki atau dibetulkan,
c. Yang kurang - ditambah,
d. Yang macet - dilancarkan,
e. Yang mundur atau merosot - dimajukan atau ditingkatkan.

4. Faktor masyarakat

Penegakan hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian di dalam masyarakat. Oleh karena itu, dipandang dari sudut tertentu, maka masyarakat dapat mempengaruhi penegakan hukum tersebut.[150]

Apabila warga masyarakat sudah mengetahui hak dan kewajiban mereka, maka mereka juga akan mengetahui aktivitas-aktivitas penggunaan upaya-upaya hukum untuk melindungi, memenuhi dan mengembangkan kebutuhan-kebutuhan mereka dengan aturan yang ada. Hal itu semua biasanya dinamakan kompetensi hukum yang tidak mungkin ada apabila warga masyarakat:[151]

a. Tidak mengetahui atau tidak menyadari, apabila hak-hak mereka dilanggar atau terganggu,
b. Tidak mengetahui akan adanya upaya-upaya hukum untuk melindungi kepentingan-kepentingannya,
c. Tidak berdaya untuk memanfaatkan upaya-upaya hukum karena faktor-faktor keuangan, psikis, sosial atau politik,
d. Tidak mempunyai pengalaman menjadi anggota organisasi yang memperjuangkan kepentingan-kepentingannya,

148 Ibid., hal.37.
149 Ibid., hal.44.
150 Ibid., hal.45.
151 Ibid., hal.56-57.

e. Mempunyai pengalaman-pengalaman kurang baik di dalam proses interaksi dengan pelbagai unsur kalangan hukum formal.

4. Faktor Kebudayaan

Kebudayaan hukum pada dasarnya mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku, nilai-nilai mana merupakan konsepsi-konsepsi abstrak mengenai apa yang dianggap baik (sehingga dianuti) dan apa yang dianggap buruk (sehingga dihindari). Nilai-nilai tersebut, lazimnya merupakan pasangan nilai-nilai yang mencerminkan dua keadaan ekstrim yang harus diserasikan.[152]

Menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto terdapat pasangan nilai yang berperan dalam hukum yaitu:[153]

a. Nilai ketertiban dan nilai ketenteraman,
b. Nilai jasmaniah/kebendaan dan nilai rohaniah/keakhlakan,
c. Nilai kelanggengan/konservatisme dan nilai kebaruan/ inovatisme.

Nilai ketertiban biasanya disebut dengan keterikatan atau disiplin, sedangkan nilai ketenteraman merupakan suatu kebebasan. Secara psikologis keadaan tenteram ada bila seorang tidak merasa khawatir, tidak merasa diancam dari luar dan tidak terjadi konflik batiniah. Di Indonesia terdapat berbagai macam kebudayaan yang mendasari hukum adat yang berlaku. Hukum adat tersebut merupakan hukum kebiasaan yang berlaku di kalangan rakyat terbanyak. Di samping itu, berlaku pula hukum tertulis (perundang-undangan) yang timbul dari golongan tertentu dalam masyarakat yang mempunyai kekuasaan dan wewenang resmi. Hukum perundang-undangan tersebut harus dapat mencerminkan nilai-nilai yang menjadi dasar dari hukum adat supaya hukum perundang-undangan dapat berlaku secara efektif.[154]

Pasangan nilai-nilai kebendaan dan keakhlakan juga merupakan pasangan nilai yang bersifat universal. Akan tetapi di dalam kenyataan pada masing-masing masyarakat timbul perbedaan-perbedaan karena pelbagai macam pengaruh. Pengaruh dari kegiatan-kegiatan modernisasi di bidang materiil, misalnya, tidak mustahil menempatkan nilai kebendaan

152 Ibid., hal.59-60.
153 Ibid., hal.60.
154 Ibid., hal.63-64

pada posisi yang lebih tinggi daripada nilai keakhlakan sehingga akan timbul suatu keadaan yang tidak serasi. Hal ini akan mengakibatkan bahwa pelbagai aspek proses hukum akan mendapat penilaian dari segi kebendaan belaka.[155]

Pasangan nilai konservatisme dan nilai inovatisme senantiasa berperan di dalam perkembangan hukum, oleh karena di satu pihak ada yang menyatakan bahwa hukum hanya mengikuti perubahan yang terjadi dan bertujuan untuk mempertahankan "status quo". Di lain pihak, ada anggapan-anggapan yang kuat pula, bahwa hukum juga dapat berfungsi sebagai sarana untuk mengadakan perubahan dan menciptakan hal-hal yang baru. Keserasian antara kedua nilai tersebut akan menempatkan hukum pada kedudukan dan peranan yang semestinya, oleh karena "*law must be stable and yet it can not stand still. Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands of the need of stability and of the need of change*".[156] (Terjemahan bebas: hukum harus stabil, namun tidak bisa diam. Oleh karena itu, semua pemikiran tentang hukum telah berjuang untuk mendamaikan tuntutan yang bertentangan akan kebutuhan stabilitas dan kebutuhan perubahan).

155 Ibid., hal.65.
156 Ibid., hal.66-67.

BAB 11

HUKUM TATA NEGARA

A. DEFINISI HUKUM TATA NEGARA

Sebagaimana pendefinisian tentang hukum dalam studi ilmu hukum secara umum bahwa telah terjadi *deviation* oleh para ahli dalam mendefinisikan tentang hukum, begitu juga dalam studi hukum tata negara, para ahli mengalami *deviation.* Adapun berbagai definisi Hukum Tata Negara menurut para ahli yakni, sebagai berikut:

Menurut Van Vollenhoven[157] Hukum tata negara mengatur semua masyarakat hukum atasan dan masyarakat hukum bawahan menurut tingkatannya dan dari masing-masing itu menentukan wilayah lingkungan rakyatnya dan akhirnya menentukan wilayah lingkungan rakyatnya dan akhirnya menentukan badan-badan dan fungsinya masing-masing yang berkuasa dalam lingkungan masyarakat hukum situ, serta menentukan susunan dan wewenangnya dari badan-badan tersebut.[158]

Sebagai murid dari Oppenheim yang terkenal dengan ajaran negara dalam keadaan tidak bergerak untuk menunjukkan kepada Hukum Tata Negara dan negara dalam keadaan bergerak untuk Hukum Administrasi Negara, van Vollenhoven mengikuti jejaknya.

Tata negara membicarakan masyarakat hukum atasan dan bawahan dan hubungannya menurut *hierarchie* serta hak dan kewajibannya masing-masing. Kesemuanya ini menunjukkan negara dalam keadaan statis.

Menurut Paul Scholten, hukum tata negara itu tidak lain adalah *het recht dat regelt de staatsorganisatie*, atau hukum yang mengatur mengenai tata organisasi negara. Dengan rumusan demikian, Scholten hanya menekankan perbedaan antara organisasi negara dari organisasi non-negara, seperti gereja dan lain-lain.

157 Jimly Ashiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jilid I, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006. Hal. 24.

158 Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, (Cet. VII; Jakarta: PT Budi Chaniago, 1988). Hal. 24.

Scholten sengaja membedakan antara hukum tata negara dalam arti sempit sebagai hukum organisasi negara di satu pihak dengan hukum gereja dan hukum perkumpulan perdata di pihak lain dengan kenyataan bahwa kedua jenis hukum yang terakhir itu tidak memancarkan otoritas yang berdiri sendiri, melainkan suatu otoritas organisasi negara.[159] Jika yang diatur adalah maka hukum yang mengaturnya itulah yang disebut sebagai hukum tata negara (*constitutional law*). Mengenai hubungan antara organisasi negara dengan warga negara, seperti mengenai soal hak asasi manusia, belum dipertimbangkan oleh Paul Scholten.

Menurut Logemann[160] Hukum tata negara adalah hukum yang mengatur organisisi negara. Menurut Logemann jabatan merupakan pengertian yuridis dari fungsi adalah pengertian yang bersifat sosiologis karena negara merupakan organisasi yang terdiri atas fungsi-fungsi dalam hubungannya satu dengan yang lainnya serta keseluruhannya, maka dalam arti juridis, negara merupakan organisasi dari jabatan-jabatan.

Definisi dari Logemann ini sebenarnya melanjutkan pendapat dari van Vollenhoven dengan pengertian, bahwa Hukum Tata Negara itu meliputi *persoonsieer* dan *gebiedsleer*.

Apeldoorn[161] Hukum Negara dalam arti sempit menunjukkan orang-orang yang memegang kekuasaan pemerintahan dan batas-batas kekuasaannya.

Apeldoorn memakai istilah Hukum Negara dalam arti sempit yang sama artinya dengan istilah Hukum Tata Negara dalam arti sempit, adalah untuk membedakannya dengan Hukum Negara dalam arti luas-yang meliputi Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara itu sendiri.

Apeldoorn tidak banyak membicarakan tentang Hukum Tata Negara kecuali hanya mengenai tugas, hak dan kewajiban alat-alat perlengkapan negara dan tidak menyinggung tentang kewarganegaraan maupun hak asasi manusia.

159 Lihat Asser-Scholten, "Algemeen Deel", cetakan kedua, 1934, hal. 42 dalam J.H.A. Logemann, Over de Theorie van Eeen Stellig Staatsrecht (1948), diterjemahkan menjadi Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif, (Jakarta: Ichtiar Baru-Van Hoeve, 1975), hal. 88.

160 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 26.

161 Lihat Apeeldorn, Op.cit., hal. 240.

Menurut Maurice Duverger[162] Hukum Konstitusi adalah salah satu cabang dari hukum publik yang mengatur organisasi dan fungsi-fungsi politik suatu lembaga negara.

Seperti di atas telah dijelaskan, Prancis memakai istilah *droit constitutional* untuk Hukum Tata Negara. Dari ilmu pengetahuan hukum sudah diketahui bahwa Hukum Tata Negara adalah bagian dari hukum publik, dan definisi ini hanya menitikberatkan kepada organisasi dan fungsi dari alat perlengkapan negara (lembaga negara).

Sedangkan menurut Kusumadi Pudjosewojo[163] Dalam bukunya "Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia" disebutkan bahwa Hukum Tata Negara adalah "hukum yang mengatur bentuk negara (kesatuan atau federal), dan bentuk pemerintahan (kerajaan atau republik), yang menunjukkan masyarakat hukum yang atasan maupun yang bawahan, beserta tingkatan-tingkatannya (*hierarchie*), yang selanjutnya menegaskan wilayah dan lingkungan rakyat dari masyarakat-masyarakat hukum itu dan akhirnya menunjukkan alat-alat perlengkapan (yang memegang kekuasaan penguasa) dari masyarakat hukum itu, beserta susunan (terdiri dari seorang atau sejumlah orang), wewenang, tingkatan imbangan dari dan antara alat perlengkapan itu."

Definisi yang panjang ini sesungguhnya banyak persamaannya dengan definisi van Vollenhoven. Walaupun ada penambahan mengenai bentuk negara dan bentuk pemerintahan, namun sebagaimana definisi van Vollenhoven, definisi ini juga hanya membicarakan tentang masyarakat hukum, alat perlengkapan negara, wewenangnya, susunan dan hubungan serta tingkatan imbangannya.

Dari definisi itu semuanya dapatlah diketahui bahwa perbedaan pada titik berat yang diletakkan dalam merumuskan Hukum Tata Negara atau perbedaan lingkungan dan mungkin juga pandangan hidup dari para ahli Hukum Tata Negara menyebabkan definisi-definisi tersebut tidak sama; namun demikian dapat ditarik kesimpulan bahwa hampir semua definisi membicarakan tentang organisasi negara dan alat-alat perlengkapan negara, susunan, wewenang dan hubungannya satu dengan yang lainnya.

162 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 30.

163 Kusumadi Pudjosewojo, Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia, cet. ke-10, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hal. 86.

Menurut Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, bahwa Hukum Tata Negara dapat dirumuskan sebagai sekumpulan peraturan hukum yang mengatur organisasi dari pada negara, hubungan antar alat perlengkapan negara dalam garis vertikal dan horizontal, serta kedudukan warga negara dan hak-hak asasinya.[164]

Sedangkan, Menurut Mac-Iver bahwa Hukum Tata Negara (*constitutional law*) adalah hukum yang mengatur negara, sedangkan hukum yang oleh negara dipergunakan untuk mengatur sesuatu selain negara disebut sebagai hukum biasa (*ordinary law*).[165]

Baginya, hanya ada dua golongan hukum, yaitu hukum tata negara atau constitutional law dan hukum yang bukan hukum tata negara, yaitu yang disebutnya sebagai ordinary law. Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*) merupakan hukum yang memerintah negara, sedangkan Hukum Biasa (Ordinary Law) dipakai oleh negara untuk memerintah.[166]

Menurut A.V. Dicey A.V. Dicey[167] dalam bukunya "*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*" tahun 1952, menyebutkan bahwa istilah hukum konstitusional atau Hukum Tata Negara yang dipergunakan di Inggris, mencakup semua peraturan yang secara langsung atau tidak langsung memeengaruhi distribusi atau dijalankannya kekuasaan tertinggi dalam negara. Selanjutnya menurut Dicey, jadi hukum konstitusional mencakup seluruh aturan yang mendefinisikan anngota pemegang kekuasaan tertinggi, atau anggotanya, menjalankan otoritasnya.[168] Dalam hal ini, A.V. Dicey menitikberatkan mengenai persoalan distribusi atau pembagian kekuasaan dan pelaksanaan kekuasaan tertinggi dalam suatu negara.[169]

Setelah mempelajari rumusan-rumusan definisi tentang Hukum Tata Negara dari berbagai sumber tersebut di atas, dapat diketahui bahwa di antara para ahli tidak terdapat kesatuan pendapat mengenai hal ini. Dari pendapat yang beragam itu kita dapat mengetahui bahwa sebenarnya:[170]

164 Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Op.cit., hal. 29.

165 Mac Iver, Op.cit., hal. 225.

166 Ibid. Lihat pula, Wirjono Prodjodikoro, Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia, (Jakarta: Dian Rakyat, 1989), hal. 9.

167 A.V Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution, (Mc Milan and CO., Limited St. Martin's Street, London, 1952. Diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Nurhadi, Pengantar Studi Hukum Konstitusi, Bandung: Nusamedia, 2008, hal. 117.

168 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 35.

169 Kusnardi dan Ibrahim, Op.Cit., hal. 27.

170 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 34.

(a) hukum tata negara itu adalah ilmu yang termasuk salah satu cabang ilmu hukum, yaitu hukum kenegaraan yang berada di ranah hukum publik;
(b) definisi hukum tata negara telah dikembangkan oleh para ahli sehingga tidak hanya mencakup kajian mengenai organ negara, fungsi dan mekanisme hubungan antar-organ negara itu, tetapi mencakup pula persoalan-persoalan yang terkait dengan mekanisme hubungan antara organ-organ negara itu dengan warga negara;
(c) hukum tata negara tidak hanya merupakan *recht* atau hukum dan apalagi hanya sebagai *wet* atau norma hukum tertulis, tetapi juga adalah *lehre* atau teori, sehingga pengertiannya mencakup apa yang disebut sebagai *verfassungsrecht* (hukum konstitusi) dan sekaligus *verfassungslehre* (teori konstitusi); dan
(d) hukum tata negara dalam arti luas mencakup baik hukum yang mempelajari negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) maupun yang mempelajari negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*).

Oleh sebab itu, Menurut jimly Ashiddiqie[171], dalam pengertian hukum tata negara itu harus dimasukkan pula faktor konstitusi sebagai objek kajian yang pokok. Konstitusi, baik dalam arti materiil, formil, administratif, atau pun tekstual, dalam arti *collective mind* atau pun dalam arti *civic behavioral realities*, adalah pusat perhatian yang sangat penting dari ilmu hukum tata negara atau *the study of the constitutional law*. Konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat mencakup tiga pengertian, yaitu:

(a) *Constitutie in materiile zin* yang dikualifikasikan karena isinya, misalnya berisi jaminan hak asasi, bentuk negara, dan fungsi-fungsi pemerintahan, dan sebagainya;
(b) *Constitutie in formele zin* yang dikualifikasikan karena pembuatnya, misalnya oleh MPR; atau
(c) Konstitusi dalam arti naskah Grondwet sebagai *geschreven document*, misalnya harus diterbitkan dalam Lembaran Negara, supaya dapat menjadi alat bukti dan menjamin stabilitas satu kesatuan sistem rujukan.[172]

171 Ibid. Hal. 35.
172 Djokosoetono, Op. Cit., hal. 47-48.

Di samping itu, konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat berupa nilai-nilai dan norma yang terkandung dalam teks konstitusi itu sendiri, atau pun nilai-nilai dan norma yang hidup dalam kesadaran kognitif atau *collective minds* dan perilaku segenap warga negara (*civic behaviors*). Oleh karena itu, menurut Jimly, hukum tata negara itu haruslah diartikan sebagai hukum dan kenyataan praktik yang mengatur tentang:

1) nilai-nilai luhur dan cita-cita kolektif rakyat suatu negara;
2) format kelembagaan organisasi negara;
3) mekanisme hubungan antarlembaga negara; dan
4) mekanisme hubungan antara lembaga negara dengan warga negara.

Dengan demikian, Ilmu Hukum Tata Negara menurut Jimly Ashiddidiqie[173], dapat dirumuskan sebagai cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis atau pun yang hidup dalam kenyataan praktik kenegaraan berkenaan dengan (i) konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara, (ii) institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya, (iii) mekanisme hubungan antar-institusi itu, serta (iv) prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dengan warga negara. Keempat unsur dalam definisi hukum tata negara tersebut di atas, pada pokoknya adalah hakikat konstitusi itu sendiri sebagai objek utama kajian hukum tata negara (*constitutional law*). Karena pada dasarnya, konstitusi itu sendiri berisi (i) konsensus antar-rakyat untuk hidup bersama dalam suatu komunitas bernegara dan komunitas kewarganegaraan, (ii) konsensus kolektif tentang format kelembagaan organisasi negara tersebut, dan (iii) konsensus kolektif tentang pola dan mekanisme hubungan antar-institusi atau kelembagaan negara, serta (iv) konsensus kolektif tentang prinsip-prinsip dan mekanisme hubungan antara lembaga-lembaga negara tersebut dengan warga negara.

173 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 36.

B. SUMBER HUKUM TATA NEGARA

Apakah yang dimaksud dengan "sumber hukum"? Dalam bahasa Inggris, sumber hukum itu disebut *source of law*. Perkataan "sumber hukum" itu sebenarnya berbeda dari perkataan "dasar hukum", "landasan hukum", atau pun "payung hukum". Dasar hukum atau pun landasan hukum adalah legal basis atau *legal ground*, yaitu norma hukum yang mendasari suatu tindakan atau perbuatan hukum tertentu sehingga dapat dianggap sah atau dapat dibenarkan secara hukum. Sedangkan, perkataan "sumber hukum" lebih menunjuk kepada pengertian tempat dari mana asal-muasal suatu nilai atau norma tertentu berasal.[174]

Seperti dikemukakan di atas, sumber hukum dapat dibedakan antara yang bersifat formal (*source of law in formal sense*) dan sumber hukum dalam arti material (*source of law in material sense*). Bagi kebanyakan sarjana hukum, biasanya yang lebih diutamakan adalah sumber hukum formal, baru setelah itu sumber hukum material apabila hal itu memang dipandang perlu. Sumber hukum dalam arti formal itu adalah sumber hukum yang dikenali dari bentuk formalnya. Dengan mengutamakan bentuk formalnya itu, maka sumber norma hukum itu haruslah mempunyai bentuk hukum tertentu yang bersifat mengikat secara hukum.

Di samping itu, di masing-masing negara, juga berlaku sistem hukumnya secara sendiri-sendiri yang berbeda-beda pula pengertiannya tentang sumber hukum itu. Belum lagi, jika masing-masing negara itu mempunyai tradisi hukum yang berbeda pula satu dengan yang lainnya, maka tentu sumber hukum yang diakui juga berbeda-beda. Misalnya, sistem *common law* lebih mengutamakan asas *precedent* dan doktrin *judge-made law*, sehingga yurisprudensi peradilan lebih diutamakan, sedangkan dalam sistem *civil law*, peraturan tertulislah yang lebih penting daripada yang lain.

Khusus dalam bidang ilmu hukum tata negara pada umumnya (*verfassungs, rechts, lehre*), yang biasa diakui sebagai sumber hukum adalah:

1) Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis[175];

174 Ibid., hal 151 et seq.

175 Konstitusi ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis. Konstitusi yang tertulis disebut undang-undang

2) Yurisprudensi peradilan[176];

dasar, grondwet (Belanda), grondgezets (Jerman), atau droit constitutionnel (Perancis). Sedangkan yang tidak tertulis tetap disebut sebagai konstitusi yang tidak tertulis (onschreven constitutie, unwritten constitution) yang juga termasuk pengertian gerund-norms atau norma dasar atau hukum dasar (basic principles). Dalam uraian John Alder di atas, antara the basic principle dan general political and moral values dibedakan satu sama lain. Namun keduanya berada dalam dunia yang sama, yaitu dunia nilai-nilai dan norma yang tidak tertulis dan berisi prinsip-prinsip yang diidealkan dalam perikehidupan bernegara. Prinsip-prinsip yang diidealkan itu dapat berupa sesuatu yang diidealkan secara kognitif (collective minds), dan dapat pula dianggap ideal karena memang tercermin dalam pola perilaku nyata (actual behavioral realities) dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Dengan demikian, kita dapat membedakan antara (i) pengertian-pengertian norma konstitusi dalam teks (textually written constitutional rules), (ii) norma konstitusi dalam pikiran warga negara (cognitively perceived constitutional rules),dan (iii) norma konstitusi dalam perilaku nyata segenap warga negara (actually working constitutional rules). Apa yang dimaksudkan dengan nilai konstitusi yang tidak tertulis itu adalah yang kedua dan yang ketiga, yaitu nilai-nilai dan norma hukum tata negara yang dianggap ideal tetapi tidak tertulis, juga harus diterima sebagai norma konstitusi yang mengikat dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara. Nilai-nilai dan norma yang dimaksud dapat berupa pikiranpikiran kolektif dan dapat pula berupa kenyataan-kenyataan perilaku yang hidup dalam masyarakat negara yang bersangkutan. Oleh sebab itu, constitutional rules di setiap negara berbeda-beda satu dengan yang lain. Meskipun pola konstitusi tertulisnya sama, tetapi karena komunitas kehidupan warganya berbeda, maka tentu constitutional rulesyang menjadi sumber hukum dalam membuat keputusan-keputusan kenegaraan harus berbeda satu dengan yang lain. Dalam konteks Konstitusi tertulis, misalnya, Undang-Undang Dasar merupakan naskah konstitusi yang tertulis dalam satu kodifikasi (written constitution, schreven constitutie). Misalnya, Republik Indonesia pernah mempunyai beberapa versi naskah yang berbeda, yaitu: (i) UUD 1945 periode 1: 1945-1949, (ii) Konstitusi RIS Tahun 1949, (iii) UUDS Tahun 1950, (iv) UUD 1945 periode 2: tahun 1959-1999, (v) UUD 1945 periode 3: tahun 1999-2000, (vi) UUD 1945 periode 4: tahun 2000-2001, (vii) UUD 1945 periode 5: tahun 2001-2002, dan (viii) UUD 1945 periode 6: tahun 2002 sampai dengan sekarang. Naskah UUD 1945 dalam kedelapan periode itu berbeda-beda satu dengan yang lain dikarenakan terjadinya perubahan-perubahan. Naskah yang terakhir setelah Perubahan Keempat tahun 2002 diberi nama resmi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Sesudah Perubahan UUD 1945, maka pada tahun 2011 telah diundangkan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang kemudian menjadi sumber rujukan dalam rangka pembentukan peraturan perundang- undangan. Sumber-sumber hukum yang pertama inilah yang disebut di atas sebagai sumber hukum formal, yaitu naskah undang-undang dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis lainnya.

Pada umumnya, hukum tertulis itu merupakan produk legislasi oleh parlemen atau produk regulasi oleh pemegang kekuasaan regulasi yang biasanya berada di tangan pemerintah atau badan-badan yang mendapat delegasi kewenangan regulasi lainnya. Oleh karena itu, bentuknya dapat berupa legislative acts seperti Undang-Undang atau executive acts seperti Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Bank Indonesia, Peraturan KPU, KPPU, KPI, dan sebagainya. Demikian pula lembaga-lembaga pelaksana undang-undang lainnya biasa diberi pula kewenangan untuk menetapkan sendiri peraturan-peraturan yang bersifat internal seperti Mahkamah Agung menetapkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA), Mahkamah Konstitusi menetapkan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK), Badan Pemeriksa Keuangan juga demikian, dan lain-lain sebagainya.

176 Namun demikian, sekali putusan pengadilan itu benar-benar telah dianggap sebagai yurisprudensi, maka bagi para hakim di pengadilan, statusnya dianggap sebagai salah satu sumber hukum yang mengikat seperti halnya undang-undang. Dalam sistem common law, putusan pengadilan inilah yang justru lebih utama sesuai dengan asas precedent. Akan tetapi dalam tradisi civil law, putusan pengadilan tidak dianggap paling utama, meskipun tetap dijadikan sebagai salah satu sumber hukum. Tidak semua putusan pengadilan dapat

3) Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*[177];

dijadikan referensi yang mengikat. Untuk dapat mengikat sebagai sumber hukum, putusan pengadilan harus lebih dulu memenuhi syarat sehingga diakui sebagai yurisprudensi yang harus pula dibedakan dari istilah yang sama yang biasa ditemukan dalam literatur common law. Di Inggris, Amerika, Kanada, dan Australia, istilah jurisprudenceberarti ilmu hukum. Sebab sejak semula, hukum dalam tradisi Anglo Saxonia memang tumbuh dari putusan-putusan pengadilan. Ilmu hukum dikembangkan dengan cara mempelajari kasus-kasus dan putusan pengadilan. Oleh karena itu, lama kelamaan, istilah jurisprudencedi Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris lainnya yang dipengaruhi oleh sistem hukum Anglo Saxon, berkembang dalam pengertian ilmu hukum. Dalam sistem kontinental seperti di Jerman, Perancis, dan Belanda, putusan pengadilan dianggap sebagai salah satu saja dari norma hukum yang dipelajari dan dijadikan sumber hukum. Untuk itu, istilah jurisprudentie di Belanda menunjuk kepadapengertian putusan pengadilan yang bersifat tetap yang kemudian dijadikan referensi bagi hakim lain dalam memeriksa perkara serupa di kemudian hari. Pengertian inilah yang diadopsi ke dalam sistem hukum Indonesia. Seperti dikemukakan di atas, tidak semua putusan pengadilan dapat menjadi atau dianggap sebagai yurisprudensi. Dalam sistem hukum Indonesia, dipersyaratkan bahwa putusan pengadilan itu (i) harus sudah merupakan putusan yang berkekuatan hukum tetap (inkracht van gewijs), (ii) dinilai baik dalam arti memang menghasilkan keadilan bagi pihak-pihak bersangkutan, (iii) putusan yang harus sudah berulang beberapa kali atau dilakukan dengan pola yang sama di beberapa tempat terpisah, (iv) norma yang terkandung di dalamnya memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku, atau kalaupun ada tidak begitu jelas, dan (v) putusan itu dinilai telah memenuhi syarat sebagai yurisprudensi dan direkomendasikan oleh tim eksaminasi atau tim penilai tersendiri yang dibentuk oleh Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi untuk menjadi yurisprudensi yang bersifat tetap. Untuk diakui sebagai yurisprudensi yang bersifat tetap, putusan pengadilan harus memenuhi kelima persyaratan tersebut secara kumulatif. Lihat, Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 176 et seq. Bandingkan dengan Ahmad Kamil dan M. Fauzan, Kaidah-Kaidah Yurisprudensi, (Jakarta: Prenada Media, 2004), hal.11-12. Baca juga Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara, (Jakarta: Mahkamah Agung, 1995).

177 Sumber selanjutnya adalah konvensi ketatanegaraan atau constitutional conventions atau kadang-kadang disebut juga conventions of the constitution. Lihat, Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, (Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004). Konvensi tidak identik dengan kebiasaan. Dengan demikian, konvensi ketatanegaraan juga tidak identik dengan kebiasaan ketatanegaraan. Kebiasaan menuntut adanya perulangan yang teratur, sedangkan konvensi tidak selalu harus didasarkan atas perulangan. Konvensi ketatanegaraan (the conventions of the constitution)dapat berbentuk kebiasaan, dapat pula berbentuk praktik-praktik (practices) atau pun constitutional usages. Terhadap hal ini, yang penting adalah bahwa kebiasaan, kelaziman, dan praktik yang harus dilakukan dalam proses penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis, dianggap baik dan berguna dalam penyelenggaraan negara menurut undang-undang dasar. Oleh karena itu, meskipun tidak didasarkan atas ketentuan konstitusi tertulis, hal itu tetap dinilai penting secara konstitusional (constitutionally meaningful). Oleh sebab itu, konvensi ketatanegaraan atau kebiasaan ketatanegaraan semacam itu dianggap harus ditaati sebagai konstitusi juga, yaitu sebagai konstitusi yang tidak tertulis. Tentu, konvensi atau kebiasaan itu sendiri dapat saja diubah. Cara mengubahnya tidak sesulit jika dibandingkan dengan konstitusi yang tertulis. Konvensi ketatanegaraan atau pun kebiasaan ketatanegaraan dapat saja diubah dengan melakukan penyimpangan yang dianggap perlu sebagai konvensi baru yang untuk selanjutnya, setelah dilakukan berulang-ulang, menjadi kebiasaan yang baru pula. Di Indonesia juga dapat ditemukan banyak konvensi ketatanegaraan yang dipraktikkan sejak dulu sampai sekarang. Umpamanya, adanya kebiasaan penyelenggaraan kegiatan Pidato Kenegaraan Presiden pada Rapat Paripurna DPR-RI tanggal 16 Agustus setiap tahun, baik yang berlaku sejak awal masa pemerintahan Presiden Soeharto maupun yang berlaku sampai dengan sekarang. Di masa pemerintahan Presiden Soekarno, pidato kenegaraan semacam itu dilaksanakan langsung di hadapan rakyat di depan Istana Merdeka pada setiap tanggal 17 Agustus, sekaligus dalam rangka perayaan hari kemerdekaan. Pidato Presiden Soekarno di depan istana tersebut biasanya disebut

4) Hukum internasional tertentu; dan
5) Doktrin ilmu hukum tata negara tertentu[178].

Dalam kelima sumber hukum tata negara tersebut, tercakup pula pengertian-pengertian yang berkenaan dengan (i) nilai-nilai dan norma hukum yang hidup sebagai konstitusi yang tidak tertulis, (ii) kebiasaan-kebiasaan yang bersifat normatif tertentu yang diakui baik dalam lalu lintas hukum yang lazim, dan (iii) doktrin-doktrin ilmu pengetahuan hukum yang telah diakui sebagai *ius comminis opinio doctorum* di kalangan para ahli yang mempunyai otoritas yang diakui umum. Dalam setiap sistem hukum, ketiga hal ini biasa juga dianggap sebagai sumber hukum yang dapat dijadikan referensi atau rujukan dalam membuat keputusan hukum.

Dalam bukunya "*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*", Albert Venn Dicey menyatakan bahwa:

> "fakta bahwa aturan yang membentuk hukum konstitusional, sebagaimana istilah yang digunakan di Inggris, menyertakan dua macam prinsip atau aturan dasar dengan ciri yang sama sekali berbeda".[179]

Pertama, dalam pengertiannya yang bersifat *strict* adalah hukum atau *laws* yang diterapkan oleh pengadilan. Peraturan dalam kategori pertama ini, menurut Dicey, mencakup juga semua norma jenis *rules*, yang

sebagai "Amanat 17 Agustus". Beberapa sarjana dan juga Presiden Soekarno sendiri menyatakan bahwa pidatonya itu merupakan bentuk pertanggungjawabannya sebagai Pemimpin Besar Revolusi, bukan sebagai Presiden. Namun, setelah masa Orde Baru, pidato kenegaraan tersebut diubah menjadi pidato kenegaraan di depan rapat paripurna DPR-RI, dan fungsinya dikaitkan dengan penyampaian nota keuangan dalam rangka rancangan APBN oleh Presiden kepada DPR-RI. Dengan demikian, fungsi Pidato Presiden tersebut berubah menjadi pidato yang bersifat lebih teknis, dan bukan lagi sebagai pidato yang bersifat simbolik dan sekaligus kerakyatan, sehingga tepat disebut sebagai Pidato Kenegaraan yang diadakan khusus satu kali dalam setiap tahun dalam rangka perayaan hari kemerdekaan. Lihat Jimly Ashidiqie, Op.cit., hal. 178.

178 Doktrin ilmu pengetahuan hukum juga dapat dijadikan sumber hukum (the source of law), karena pendapat seorang ilmuwan yang mempunyai otoritas dan kredibilitas dapat dijadikan rujukan yang mengikat dalam membuat keputusan hukum. Fatwa atau legal opinion merupakan pendapat hukum yang tidak mengikat. Pendapat hukum itu dapat diajukan oleh ilmuwan hukum mengenai sesuatu persoalan atau oleh lembaga negara resmi, seperti Mahkamah Agung, asalkan pengaturan mengenai hal itu memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku. Dalam hal demikian, maka pendapat hukum (legal opinion) itu dapat dijadikan rujukan dalam membuat keputusan asalkan memenuhi beberapa persyaratan. Persyaratan dimaksud adalah bahwa (i) ilmuwan yang bersangkutan dikenal dan diakui luas sebagai ilmuwan yang memiliki otoritas di bidangnya dan mempunyai integritas yang dapat dipercaya; (ii) terhadap persoalan yang bersangkutan memang tidak ditemukan dalam peraturan tertulis yang berlaku; (iii) pendapat hukum dimaksud telah diakui keunggulannya dan diterima oleh umum, khususnya di kalangan sesama ilmuwan. Dengan kata lain, pendapat yang bersangkutan sudah menjadi ius comminis opinion doctorum atau sudah menjadi prinsip atau pendapat ilmiah yang diterima oleh umum. Ibid., 181 et seq.

179 Lihat, A.V. Dicey, Op.cit hal. 117.

tertulis atau tidak tertulis (*written or unwritten*), yang ditetapkan dengan undang-undang atau sebagai peraturan tertulis (*enacted by statute*) atau hanya lahir dari adat istiadat yang umum, tradisi, atau prinsip-prinsip yang diciptakan oleh hakim (*derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims*) yang dikenal sebagai *the common laws*.[180]

Semua jenis peraturan dalam kategori pertama ini, sepanjang dapat ditegakkan oleh pengadilan dapat disebut atau tercakup dalam pengertian *constitutional law*. Kriteria yang dipakai oleh Dicey di sini adalah dapat tidaknya norma hukum yang bersangkutan diterapkan oleh hakim di pengadilan. Untuk menegaskan perbedaan bentuk-bentuk hukum tertulis yang mengandung norma hukum konstitusi tersebut dengan bentuk norma hukum konstitusi yang lain, maka hal itu disebut oleh Dicey secara keseluruhannya sebagai *the law of the constitution* yang dibedakannya dari pengertian *the conventions of the constitution*.

Constitutional rules dalam pengertian yang terakhir, menurut Dicey, terdiri atas:

> "aturan yang lain terdiri dari konvensi, pemahaman, kebiasaan, atau praktik yang, kendati bisa mengatur perbuatan beberapa anggota pemegang kekuasaan tertinggi, para menteri, atau pejabat lain, sebenarnya sama sekali bukan hukum karena itu semua tidak diteggakan oleh pengadilan. Bagian dari hukum konstitusional ini, dengan tujuan melakukan melakukan pemisahan, dapat disebut sebagai "konvensi konstitusi," atau moralitas konstitsuional".[181]

Oleh karena itu, dalam pandangan A.V. Dicey, perkataan *constitutional law* mencakup dua unsur pengertian, yaitu (i) *the law of the constitution*, dan (ii) *the conventions of the constitution*. *The law of the constitution merupakan a body of undoubted law*, sedangkan *the conventions of the constitutionter* diri atas *maxims* atau praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur para subjek hukum tata negara yang biasa menurut undang-undang dasar, bukanlah merupakan hukum dalam arti yang sebenarnya.[182]

Bagi A.V. Dicey, meskipun keduanya sama-sama merupakan *constitutional rules* dan sama-sama dapat disebut *constitutional law* dalam

180 Ibid., 118

181 Ibid. Untuk memudahkan pemahaman mengenai hubungan relevansi antara hukum konstitusi dengan konvensi konstitusi. Lihat, pada pembahasan bab terakhir terjemahan buku Dicey, yakni pada halaman 447.

182 Ibid.

arti luas, tetapi *the convention of the constitution* itu lebih merupakan *constitutional morality* daripada t*he law of the constitution*. Oleh karena itu, menurut A.V. Dicey, sumber hukum tata negara Inggris terdiri pula atas beberapa sumber yang dapat dikelompokkan dalam dua golongan, yaitu:

1) *The Law of the Constitution*, mencakup:
   a) Dokumen-dokumen sejarah (*historic documents*), seperti Magna Charta Tahun 1215 yang biasa disebut juga dengan *The Great Charter of* 1215, *Petition of Right*, atau *Bill of Rights* (1689);
   b) Undang-undang yang ditetapkan oleh parlemen (*legislative acts, parliamentary statutes*);
   c) *Judicial decisions* (putusan-putusan pengadilan) terdahulu;
   d) *Principles and rules of common law*, yaitu prinsip-prinsip yang sudah diterima sebagai hukum, meskipun tidak dituangkan dalam bentuk undang-undang atau peraturan tertulis tertentu, tetapi kebanyakan dikuatkan oleh putusan pengadilan.
2) *The Conventions of the Constitution*, yang mencakup:
   a) Kebiasaan-kebiasaan (*habits*);
   b) Tradisi-tradisi (*traditions*);
   c) Adat istiadat (*customs*);
   d) Praktik-praktik (*practices and usages*).

Demikian pula mengenai kebiasaan-kebiasaan ketatanegaraan, banyak sekali hal-hal yang sudah dianggap kelaziman konstitusional yang tidak dipersoalkan orang lagi apakah ia tertulis atau tidak. Kebiasaan-kebiasaan itulah yang dikenal dengan istilah konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*. Menurut Dicey dalam bukunya "*An Introduction to Study of the Law of the Constitution*", banyak prinsip-prinsip penting hukum konstitusi yang mengambil bentuk konvensi ketatanegaraan. Prinsip-prinsip dimaksud termasuk konvensi, kebiasaan, dan praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur, tetapi sama sekali bukan hukum, karena tidak ditetapkan oleh parlemen atau pun oleh pengadilan.

Selain itu, dalam ilmu hukum, pendapat para ahli yang dikenal luas dan diakui memiliki otoritas di bidangnya, lazimnya diterima juga

sebagai sumber hukum yang disebut dengan doktrin dalam ilmu hukum. Dalam sistem hukum fiqih, misalnya, dikenal juga pendapat mazhab-mazhab yang diakui mengikat dan dijadikan referensi oleh hakim dalam memutuskan sesuatu perkara. Istilah yang digunakan oleh Jimly Ashiddiqie, yakni sebagai *the professor's law*,[183]yaitu dijadikan hukum karena pendapat ilmuwan hukum yang diakui mengikat. Sebenarnya, inilah yang dinamakan sebagai doktrin dalam ilmu hukum, yaitu pendapat ahli yang sudah diakui oleh para ahli lainnya sehingga terbentuk suatu pendapat yang diakui oleh umum (*public opinion*) atau dalam istilah latinnya sudah menjadi *comminis opinio doctorum*. Dalam ilmu hukum, pendapat semacam itu juga diakui sebagai sumber hukum yang mengikat.

C. KONSEPSI KONSTITUSI DAN KONSTITUSIONALISME

Dari catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani Kuno *politeia* dan perkataan bahasa Latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata *jus*. Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* itulah awal mula gagasan konstitusionalisme diekspresikan oleh umat manusia. Kata *politeia* dari kebudayaan Yunani dapat disebut yang paling tua usianya. Pengertiannya secara luas mencakup

all the innumerable characteristics which determine that state's peculiar nature, and these include its whole economic and social texture as well as matters governmental in our narrower modern sense. It is a purely descriptive term, and as inclusive in its meaning as our own use of the word 'constitution' when we speak generally of a man's constitution or of the constitution of matter.[184]

Istilah konstitusi berasal dari bahasa Perancis (*constituer*) yang berarti membentuk. Pemakaian istilah konstitusi yang dimaksudkan ialah pembentukan suatu negara atau menyusun dan menyatakan suatu negara.[185]

183 Lihat Lihat Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, (Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004).

184 Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia, Makalah, Bahan disampaikan pada Lecture Peringatan 10 Tahun KontraS. Jakarta, 26 Maret 2008. Hal. 1

185 Wirjono Projodikoro, Op.cit., hal.10.

Di negara-negara yang menggunakan bahasa Inggris sebagai bahasa nasional, dipakai istilah *Constitution* yang dalam bahasa Indonesia disebut konstitusi.[186] Pengertian konstitusi, dalam praktik dapat berarti lebih luas daripada pengertian Undang-Undang Dasar, tetapi ada juga yang menyamakan dengan pengertian Undang-Undang Dasar. Bagi para sarjana ilmu politik istilah *Constitution* merupakan sesuatu yang lebih luas, yaitu keseluruhan dari peraturan-peraturan baik yang tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur secara mengikat cara-cara bagaimana sesuatu pemerintahan diselenggarakan dalam suatu masyarakat.

Dalam bahasa Latin, kata konstitusi merupakan gabungan dari dua kata, yaitu *cume* dan *statuere*. *Cume* adalah sebuah preposisi yang berarti "bersama dengan...", sedangkan *statuere* berasal dari kata *sta* yang membentuk kata kerja pokok *stare* yang berarti berdiri. Atas dasar itu, kata *statuere* mempunyai arti "membuat sesuatu agar berdiri atau mendirikan/menetapkan." Dengan demikian bentuk tunggal (*constitutio*) berarti menetapkan sesuatu secara bersama-sama dan bentuk jamak (*constitusiones*) berarti segala sesuatu yang telah ditetapkan.[187]

Mencermati dikotomi antara istilah *constitution* dengan *gronwet* (Undang-Undang Dasar) di atas, L.J. Van Apeldoorn telah membedakan secara jelas di antara keduanya, kalau *gronwet* (Undang-Undang Dasar) adalah bagian tertulis dari suatu konstitusi, sedangkan *constitution* (konstitusi) memuat baik peraturan tertulis maupun yang tidak tertulis. Sementara Sri Soemantri M, dalam disertasinya mengartikan konstitusi sama dengan Undang-Undang Dasar.[188] Penyamaan arti dari keduanya ini sesuai dengan praktik ketatanegaraan di sebagian besar negara-negara dunia termasuk di Indonesia.

Penyamaan pengertian antara konstitusi dengan Undang-Undang Dasar, sebenarnya sudah dimulai sejak Oliver Cromwell (*Lord Protector Republik Inggris* 1649-1660) yang menamakan Undang-Undang Dasar itu senagai *Instrument of Goverment*, yaitu bahwa Undang-Undang Dasar dibuat sebagai pegangan untuk memerintah dan di sinilah timbul identifikasi dari pengertian Konstitusi dan Undang-Undang Dasar.

186 Sri Soemantri M., Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia, Sinar harapan, Jakarta, 1993, hal. 29; Lihat, juga dalam Miriam Budiarjo, Dsar-dasar Ilmu Politik, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1992, hal.95

187 Koerniatmanto Soetoprawito, Konstitusi: Pengertian dan Perkembangannya, Pro Justitia, No. 2 Tahun V, Mei 1987, hal.28-29

188 Sri Soemantri, Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi, Disertasi Alumni, Bandung, 1987, hal. 1.

Sebaliknya perlu dicatat bahwa dalam kepustakaan Belanda (misalnya L.J. Van Apeldoorn) diadakan pembedaan antara pengertian Undang-Undang Dasar dengan konstitusi.

Berkaitan dengan konstitusi pula, sejarah menunjukkan bahwa hampir tidak ada negara di dunia ini yang tidak memiliki konstitusi, utamanya konstitusi tertulis.[189] Perbedaan bentuk negara[190]: Kesatuan[191], Federal[192], Monarki[193], maupun sistem pemerintahan[194]: presidentil[195], parlementer[196], dan model pemerintahan lainnya tidak menghapuskan peran dan keberadaan konstitusi sebagai hukum dasar. Konstitusi diakui sebagai hukum tertinggi yang berlaku di setiap negara. Ia mendapat posisi terhormat dalam sebuah negara hukum sebagai *supreme of the law*. Namun, agar dapat diterima oleh rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi dalam sebuah negara, konstitusi harus menghormati, menghargai dan mewujudkan prinsip-pinsip demokrasi dan hak asasi manusia, sehingga bercirikan konstitusi yang demokratis, tidak kaku apalagi otoriter.

189 Negara-negara yang dimaksud misalnya Inggris (United Kingdom) dikenal sebagai negara yang tidak memiliki konstitusi tertulis. Namun demikian, dalam teori dan praktik, Inggris tetap dianggap sebagai Negara konstitusional yang mempunyai konstitusinya sendiri. Inggris adalah kerajaan yang kekuasaan Raja, Ratu, dan pemerintahannya dibatasi oleh hukum atau konstitusi yang tidak tertulis. Karena itu, dalam berbagai literatur dan dalam praktik, Kerajaan Inggris selalu dikategorikan sebagai constitutional state, constitutional government, dan constitutional democracy. Lihat: Jimly Asshiddiqie, Konstitusi Ekonomi, Jakarta, Penerbit Kompas. 2010, hal 125.

190 Bentuk negara menyatakan susunan atau organisasi negara secara keseluruhan, mengenai struktur negara yang meliputi segenap unsur-unsurnya. Bentuk negara melukiskan dasar-dasar negara, susunan, dan tata tertib suatu negara berhubungan dengan organ tertinggi dalam negara itu dan kedudukan masing-masing organ itu dalam kekuasaan Negara.Lihat: Samidjo. Ilmu Negara, Bandung: Armico. 1986, hal 162.

191 Yang dimaksud dengan negara kesatuan ialah suatu negara yang merdeka dan berdaulat, di mana di seluruh negara yang berkuasa hanyalah satu pemerintah (pusat) yang mengatur seluruh daerah. Jadi, tidak terdiri atas beberapa daerah yang berstatus negara bagian (deelstaat). Ibid., hal 164-165.

192 Federasi berasal dari kata Latin Foedus, yang berarti perjanjian atau persetujuan. Dalam federasi atau negara serikat (federasi = bondstaat = bundesstaat) merupakan dua atau lebih kesatuan politik yang sudah atau belum berstatus negara berjanji untuk bersatu dalam suatu ikatan politik, ikatan mana akan mewakili mereka sebagai keseluruhan. Jadi, merupakan suatu negara bagian yang masing-masing tidak berdaulat. Yang berdaulat adalah persatuan dari negara itu yaitu negara serikat (pemerintahan faderal). Ibid., hal 165-167

193 Jika seorang kepala negara diangkat berdasarkan hak waris atau turun-temurun. Kepala negaranya disebut Raja/Ratu/Kaisar, atau yang sejenisnya. Ibid,. hal 183-184.

194 Sistem pemerintaha diartikan sebagai suatu tatanan utuh yang terdiri atas berbagai komponen pemerintahan yang bekerja saling bergantungan dan memengaruhi dalam mencapaian tujuan dan fungsi pemerintahan menyelenggarakan kepentingan rakyat. Lihat: Jimly Asshiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jilid II, Jakarta, Setjen dan Kepeniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. 2006, hal 59.

195 Sistem pemerintahan disebut presidentil apabila kedudukan kepala Negara tidak terpisah dari jabatan kepala pemerintahan. Lihat: Ibid. hal 60.

196 Sistem pemerintahan disebut parlementer apabila sistem kepemimpinannya terbagi dalam jabatan kepala negara dan kepala pemerintahan sebagai dua jabatan terpisah. Lihat: Jimly, ibid. Hal 59.

Berdasarkan kilas sejarah konstitusi telah ada sejak zaman Yunani Kuno. Hal ini berdasarkan teori negara hukum yang dikembangkan saat itu oleh Plato dan Aristoteles, guru dan murid yang dijuluki sebagai *The Philosoper*. Plato misalnya, dalam *Republic* berpendapat bahwa adalah mungkin mewujudkan negara ideal untuk mencapai kebaikan yang berintikan kebaikan. Untuk itu kekuasaan harus dipegang oleh orang yang mengetahui kebaikan, yaitu seorang filosof *(The Philosopher King)*. *The Philosopher King* dituntut untuk mengajarkan dan mengedepankan kebijakan yang akan menjamin terselenggaranya pemerintahan yang bersih dan berkeadilan.[197]

Juga, dalam bukunya, *The Law,* Plato mengemukakan pandangannya tentang supremasi hukum. Menurutnya, hukum adalah *logismos* atau *reasoned thought* (pikiran yang masuk akal) yang dirumuskan dalam putusan negara. Plato menolak pandangan dan anggapan bahwa otoritas hukum bertumpu semata-mata pada kemauan dan kehendak *governing power* (pihak-pihak yang memangku kekuasaan).[198]

Aristoteles[199], murid Plato, juga bependapat bahwa sebuah konstitusi adalah pengelolaan posisi jabatan di suatu negara dan menentukan apa yang menjadi badan pemerintahannya dan yang menjadi tujuan dari setiap kelompok masyarakat. Tujuan negara adalah untuk mencapai kehidupan yang paling baik *(the best life possible)* yang dapat dicapai dengan supremasi hukum. Hukum adalah wujud kebijaksanaan kolektif warga negara *(collective wisdom),* sehingga peran warga negara diperlukan dalam pembentukannya.[200] Berangkat dari pemikiran tersebut, Aristoteles berpendapat bahwa suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi. Menurutnya, ada tiga unsur pemerintahan berkonstitusi; *pertama*, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; *kedua*, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasar ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang

197 Juniarso Ridwan dan Achmad Sodik, Tokoh-Tokoh Ahli Pikir Tentang Negara dan Hukum; dari Zaman Yunani Kuno Sampai Abad ke-20, Cet. Pertama, Bandung, Nuansa. 2010, hal 22.

198 Ibid.

199 Untuk lebih rinci tentang gagasan Aristoteles, lihat, Aristoteles, La Politica, diterjemahkan kedalam bahasa inggris oleh Benjamin Jowett dan diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, Politik, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008. hal. 171.

200 Jimly Asshidiqie, Menuju Negara Hukum yang Demokratis. Jakarta, PT Bhuana Ilmu Populer. 2009, hal 395. Disadur dari George N. Sabine, A History A Political Theory. Third Edition, (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto London; Holt, Rinehart and Winston, 1961), hal. 35-86 dan 88-105.

yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi; *ketiga*, pemerintahan berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan berupa paksaan dan tekanan. Perlawanan terhadap absolutisme yang melahirkan raja-raja yang memiliki kekuasaan mutlak pada abad pertengahan, akhirnya bermuara pada munculnya gagasan negara hukum.[201]

Namun, bersamaan dengan masa-masa suram di Eropa selama abad-abad pertengahan itu, di Timur Tengah tumbuh dan berkembang pesat peradaban baru di lingkungan penganut ajaran Islam. Atas pengaruh Nabi Muhammad SAW, banyak sekali inovasi-inovasi baru dalam kehidupan umat manusia yang dikembangkan menjadi pendorong kemajuan peradaban. Salah satunya ialah penyusunan dan penandatanganan persetujuan atau perjanjian bersama di antara kelompok-kelompok penduduk kota Madinah untuk bersama-sama membangun struktur kehidupan bersama yang di kemudian hari berkembang menjadi kehidupan kenegaraan dalam pengertian modern sekarang. Naskah persetujuan bersama itulah yang kemudian dikenal sebagai Piagam Madinah (*Madinah Charter*). Piagam Madinah ini dapat disebut sebagai piagam tertulis pertama dalam sejarah umat manusia yang dapat dibandingkan dengan pengertian konstitusi dalam arti modern. Piagam ini dibuat atas persetujuan bersama antara Nabi Muhammad SAW dengan wakil-wakil penduduk kota Madinah tak lama setelah beliau hijrah dari Mekkah ke Yastrib, nama kota Madinah sebelumnya, pada tahun 622 M. Para ahli menyebut Piagam Madinah tersebut dengan berbagai macam istilah yang berlainan satu sama lain.[202]

Selain itu, Menurut K.C. Wheare, bahwa dalam wacana politik, kata "konstitusi" biasanya digunakan untuk menggambarkan seluruh sistem ketatanegaraan suatu negara, kumpulan berbagai peraturan yang membentuk dan mengatur atau mengarahkan pemerintahan.[203]

201 Jimly, Ibid.

202 Banyak sarjana yang menggambarkan Piagam Madinah itu sebagai Konstitusi seperti dipahami dewasa ini. Beberapa diantaranya lihat Ahmad Sukardja, Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat Majemuk, (Jakarta: UI-Press, 1995); Dahlan Thaib dkk., Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi, cet. kelima, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005). Lihat juga Tahir Azhary, Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsio-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini, cet. kedua, (Jakarta: Kencana, 2004)

203 K.C. Wheare, Modern Constitutions, Oxford University Pres s, 1996. Diterjemahkan Oleh Muhammad Hardani, Konstitusi-Konstitusi Modern, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003, hal. 1.

Berikut ini beberapa ahli hukum yang mendukung antara yang membedakan dengan yang menyamakan pengertian konstitusi dengan Undang-Undang Dasar. Penganut paham yang membedakan pengertian konstitusi dengan Undang-Undang Dasar antara lain Herman Heller dan F. Lassalle. Hermen Heller membagi pengertian konstitusi menjadi tiga yaitu:[204]

1. *Die Politische verfassung als gesellschaftlich wirklichkeit*. Konstitusi adalah mencerminkan kehidupan politik di dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan. Jadi mengandung pengertian politis dan sosiologis.
2. *Die Verselbstandigte rechtsverfassung*. Konstitusi merupakan suatu kesatuan kaidah yang hidup dalam masyarakat. Jadi mengandung pengertian yuridis.
3. *Die geshereiben verfassung*. Konstitusi yang ditulis dalam suatu naskah sebagai undang-undang yang tertinggi yang berlaku dalam suatu negara.

Dari pendapat Hermen Heller tersebut dapatlah disimpulkan bahwa jika pengertian undang-undang itu harus dihubungkan dengan konstitusi, maka artinya Undang-Undang Dasar itu baru merupakan sebagian dari pengertian konstitusi, yaitu konstitusi yang tetulis saja. Di samping itu, konstitusi itu tidak hanya bersifat yuridis semata-mata, tetapi mengandung pengertian logis dan politis.

F. Lassalle dalam bukunya Uber Verfassungswesen, membagi konstitusi dalam dua pengertian, yaitu:[205]

1. Pengertian sosiologis atau politis (*sosiologische atau politische begrip*). Konstitusi adalah sintesis faktor-faktor kekuatan yang nyata (*dereele machtsfactoren*) dalam masyarakat. Jadi konstitusi menggambarkan hubungan antara kekuasaan-kekuasaan yang terdapat dengan nyata dalam suatu negara. Kekuasaan tersebut di antaranya: raja, parlemen, kabinet, *pressure groups*, partai politik, dan lain-lain; itulah yang sesungguhnya konstitusi.
2. Pengertian yuridis (*yuridische begrip*). Konstitusi adalah suatu naskah yang memuat semua bangunan negara dan sendi-sendi pemerntahan.

204 Moh. Kusnandi dan Harmaily, Op.cit., hal.65.

205 Abu Daud Busroh dan Abu Bakar Busroh, Asas-asas Hukum Tata Negara, Ghalia Indonesia, 1991, hal.73

Dari pengertian sosiologis dan politis, ternyata Lassalle menganut paham bahwa konstitusi sesungguhnya mengandung pengertian yang lebih luas dari sekedar Undang-Undang Dasar. Namun dalam pengertian yuridis, Lassalle terpengaruh pula oleh paham kodifikasi yang menyamakan konstitusi dengan Undang-Undang Dasar.

Kelihatannya para penyusun UUD 1945 menganut pemikiran sosiologis di atas, sebab dalam penjelasan UUD 1945 dikatakan: "Undang-Undang Dasar suatu negara ialah hanya sebagian dari hukumnya dasar negara itu. Undang-Undang Dasar ialah hukum dasar yang tertulis, di samping Undang-Undang Dasar itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam parktik penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis.

Adapun penganut paham modern yang tegas-tegas menyamakan pengertian konstitusi dengan Undang-Undang Dasar, adalah C.F. Strong dan James Bryce.

Pendapat James Bryce sebagaimana dikutip C.F. Strong dalam bukunya: *Modern Political Constitutions* menyatakan konstitusi adalah:

*A frame of political society, organised through and by law, that is to say on in which law has established permanent institutions with recognised functions and defenite rights (*Suatu kerangka masyarakat politik (negara) yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Dengan kata lain, hukum menetapkan adanya lembaga-lembaga permanen dengan fungsi yang telah diakui dan hak-hak yang telah ditetapkan).[206]

Dari definisi di atas, pengertian konstitusi dapat disederhanakan rumusannya sebagai kerangka negara yang diorganisir dengan dan melalui hukum, dalam hal mana hukum menetapkan:

1. Pengaturan mengenai pendirian lembaga-lembaga yang permanen
2. Fungsi dari alat-alat kelengkapan
3. Hak-hak tertentu yang telah ditetapkan

Kemudian C.F Strong[207] melengkapi pendapat tersebut dengan pendapatnya sendiri sebagai berikut:

Constitution is a collection of principles ac.....

206 C.F. Strong, Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form, The English Book Society and Sidwigck & Jackson Limited London 1966, diterjemahkan kedalam bahasa Indonesi oleh SPA Teamwork, Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi di Dunia, Bandung: Nusa Media, 2008, hal. 15.

207 Ibid. hal. 15.

Artinya, konstitusi juga dapat dikatakan sebagai suatu kumpulan asa-asas yang menyelenggarakan:

1. Kekuasaan pemerintahan (dalam arti luas)
2. Hak-hak dari yang diperintah
3. Hubungan antara pemerintahan dan yang diperintah (menyangkut di dalamnya masalah hak asasi manusia).

Sri Soemantri menilai bahwa pengertian tentang konstitusi yang diberikan oleh C.F. Strong lebih luas dari pendapat James Bryce. Walaupun dalam pengertian yang dikemukakan James Bryce itu merupakan konstitusi dalam kerangka masyarakat politik (negara) yang diatur oleh hukum. Akan tetapi dalam konstitusi itu hanya terdapat pengaturan mengenai alat-alat kelengkapan negara yang dilengkapi dengan fungsi dan hak-haknya. Dalam batasan Strong, apa yang dikemukakan James Bryce itu termasuk dalam kekuasaan pemerintahan semata, sedangkan menurut pendapat Strong, konstitusi tidak hanya mengatur tentang hak-hak yang diperintah atau hak-hak warga negara.

Dua pakar yang lain, Rosco J. Tresolini dan Martin Shapiro, dalam bukunya yang berjudul *American Constitutional Law* mengatakan bahwa konstitusi Amerika Serikat mengatur tiga masalah pokok, yaitu:[208]

1. *The framework or structure of goverment*;
2. *The power of the goerment*;
3. *It restrains the ezercise of these power by governmental officials in order that certain individual right can be poreserved*.

Apa yang dikemukakan oleh Rosco J. Tresolini dan Martin Shapiro ini mempunyai persamaan dengan pendapat Strong tentang batasan konstitusi.

K.C Wheare mengartikan konstitusi sebagai: "Keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa kumpulan peraturan-peraturan yang membentuk, mengatur ataumengarahkan pemerintahan."[209] Peraturan di sini merupakan gabungan antara ketentuan-ketentuan yang memiliki sifat hukum (*legal*) dan yang tidak memiliki sifat hukum (*nonlegal*).[210]

208 Periksa dalam Sri Soemantri M. Dan Bintang R. Saragih (editor), Op.cit., hal.30

209 K.C.Wheare, Op.cit., hal 1.

210 Peraturan-peraturan bersifat legal, dalam arti pengadilan hukum mengakui dan menerapkan peraturan-peraturan tersebut, dan yang dimaksud ekstra-legal atau non legal, yakni berupa kebiasaan, persetujuan, adat, atau konvensi, sesuatu yang tidak diakui oleh pengadilan sebagai hukum tetapi tidak kalah efektifnya dalam mengatur pemerintahan dibandingkan dengan apa yang secara baku disebut hukum. Ibid.

Konstitusi secara sederhana oleh Brian Thompson dapat diartikan sebagai suatu dokumen yang berisi aturan-aturan untuk menjalankan suatu organisasi.[211] Organisasi dimaksud beragam bentuk dan kompleksitas strukturnya. Dalam konsep konstitusi itu tercakup juga pengertian peraturan tertulis, kebiasaan dan konvensi-konvensi kenegaraan (ketatanegaraan) yang menentukan susunan dan kedudukan organ-organ negara, mengatur hubungan antar organ-organ negara itu, dan mengatur hubungan organ-organ negara tersebut dengan warga negara.[212]

Dasar keberadaan konstitusi adalah kesepakatan umum atau persetujuan *(consensus)* di antara mayoritas rakyat mengenai bangunan yang diidealkan berkenaan dengan negara. Organisasi negara itu diperlukan oleh warga masyarakat politik agar kepentingan mereka bersama dapat dilindungi atau dipromosikan melalui pembentukan dan penggunaan mekanisme yang disebut negara.[213] Kata kuncinya adalah konsensus atau *general agreement*.

Konstitusi mengatur dua hubungan yang saling berkaitan satu sama lain, yaitu pertama, hubungan pemerintahan yang satu dengan lembaga pemerintahan yang lain. Oleh karena itu, konstitusi dimaksudkan untuk mengatur tiga hal penting, yaitu: (1) menentukan pembatasan kekuasaan organ-organ negara, (2) mengatur hubungan antara lembaga negara yang satu dengan yang lain, dan (3) mengatur hubungan kekuasaan antara lembaga negara dengan warga negara.[214]

Menurut Jimly Ashiddiqie[215], dapat dikatakan bahwa konstitusi dapat pula difungsikan sebagai sarana *control* politik, *social* dan/atau *economi* di masa sekarang, dan sebagai sarana perekayasaan politik, sosial dan/atau ekonomi menuju masa depan. Dengan demikian, fungsi-fungsi konstitusi dapat dirinci sebagai berikut:

1. Fungsi penentu dan pembatas kekuasaan organ-organ negara.
2. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar organ-organ negara.

211 Brian Thompson, Textbook on Constitutional and Administrative Law, edisi ke-3, (London: Blackstone Press ltd., 1997), hal. 3.

212 Lihat Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 19 – 34.

213 Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Hukum Tata Negara Adat, Makalah, Disampaikan sebagai bahan Keynote Speech pada Seminar Nasional tentang Konstitusi Kesultanan-Kesultanan Islam di Jawa Barat dan Banten. UIN Gunung Djati, Bandung, 5 April 2008, hal. 1.

214 Hamdan Zoelva, Pemakzulan Presiden di Indonesia, jakarta: Sinar Grafika, 2011. Hal. 22.

215 Ibid.

3. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar-organ negara dengan warga negara.
4. Fungsi pemberi legitimasi terhadap kekuasaan negara.
5. Fungsi penyalur atau pengalih kewenangan dari sumber kekuasaan yang asli kepada organ negara.
6. Fungsi simbolik sebagai pemersatu (*symbol of unity*).
7. Fungsi simbolik sebagai rujukan identitas dan keagungan kebangsaan (*identity of nation*).
8. Fungsi simbolik sebagai pusat upacara (*center of ceremony).*
9. Fungsi sebagai sarana pengendalian masyarakat, baik dalam arti sempit hanya di bidang politik maupun dalam arti luas mencakup bidang sosial dan ekonomi.
10. Fungsi sebagai sarana perekayasaan dan pembaruan masyarakat, baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas.
11. Dan, dalam sistem pemerintahan presidensial, konstitusi juga berfungsi sebagai kepala negara dalam arti simbolik.

Selain itu, dalam konstitusi modern menurut K.C. Wheare dimaksudkan untuk melindungi satu atau lebih dari empat tujuan berikut. *Pertama*, konstitusi diubah hanya dengan pertimbangan yang matang, dan bukan karena alasan sederhana atau secara serampangan; *kedua*, rakyat mesti diberi kesempatan mengungkapkan pandangan mereka sebelum dilakukan perubahan; *ketiga,* dalam sistem federal, kekuasaan unit-unit dan pemerintah pusat tidak bisa diubah oleh satu pihak; *keempat*, hak individu atau masyarakat- misalnya, hak minoritas dalam bahasa, agama, dan kebudayaan mesti dilindungi.[216]

Terlepas dari gagasan mengenai mengenai konsepsi tentang konstitusi oleh beberapa ahli di atas, menurut penulis sangat erat kaitannya dengan gagasan konstitusionalisme sebagai genre pembatasan kekuasan dalam konstitusi dan secara substansial lahirnya konsepsi tentang konstitusi adalah berawal dari gagasan konstitusionalisme yang bertujuan untuk membatasi kekuasaann negara.

216 K.C.Wheare, Op.cit., hal.128.

D. KONSEPSI LEMBAGA NEGARA

UUD 1945 adalah konstitusi negara Indonesia yang merupakan hasil kesepakatan seluruh rakyat Indonesia. Keberlakuan UUD 1945 berlandaskan pada legitimasi kedaulatan rakyat sehingga UUD 1945 merupakan hukum tertinggi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Oleh karena itu, hasil-hasil perubahan UUD 1945 berimplikasi terhadap seluruh lapangan kehidupan berbangsa dan bernegara. Apalagi perubahan tersebut meliputi hampir keseluruhan materi UUD 1945. Jika naskah asli UUD 1945 berisi 71 butir ketentuan, maka setelah empat kali mengalami perubahan materi muatan UUD 1945 mencakup 199 butir ketentuan.[217]

Dengan demikian, salah satu materi penting dan selalu ada dalam konstitusi adalah pengaturan tentang lembaga negara. Hal itu dapat dimengerti karena kekuasaan negara pada akhirnya diterjemahkan ke dalam tugas dan wewenang lembaga negara. Tercapai tidaknya tujuan bernegara berujung pada bagaimana lembaga-lembaga negara tersebut melaksanakan tugas dan wewenang konstitusionalnya serta hubungan antarlembaga negara. Pengaturan lembaga negara dan hubungan antarlembaga negara merefleksikan pilihan dasar-dasar kenegaraan yang dianut.

Pemerintah Inggris misalnya, menciptakan beraneka ragam lembaga baru yang sangat kuat kekuasaannya dalam urusan-urusan yang sangat spesifik. Misalnya, pada mulanya dibentuk *Regional Hospital Board* dan kemudian pada tahun 1974 menjadi *Area and Regional Health Authorities*. *New Town Development Corporation* juga dibentuk untuk maksud menyukseskan program yang diharapkan akan menghubungkan kota-kota satelit di sekitar kota-kota metoropolitan seperti London dan lain-lain. Demikian pula untuk program pembangunan perdesaan, dibentuk pula badan-badan otoritas yang khusus menangani *Rural Development Agencies* di daerah-daerah Mid-Wales dan *the Scottish Highlands*.[218]

217 Jimly Asshiddiqie, Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945, Makalah Disampaikan dalam Simposium yang dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, 2003, hal. 1.

218 Jimly Asshiddiqie, Hubungan Antar Lembaga Negara Pasca perubahan uud 1945, Bahan ceramah pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpim) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara. Jakarta, 30 Oktober 2008, disampaikan lagi dalam Fokus Group Discussion di LEMHANNAS, 15 November 2010.

Perkembangan yang terjadi di negara-negara lain kurang lebih juga sama dengan apa yang terjadi di Inggris. Sebabnya ialah karena berbagai kesulitan ekonomi dan ketidakstabilan akibat terjadinya berbagai perubahan sosial dan ekonomi memaksa banyak negara melakukan eksperimentasi kelembagaan (*institutional experimentation*) melalui berbagai bentuk organ pemerintahan yang dinilai lebih efektif dan efisien, baik di tingkat nasional atau pusat maupun di tingkat daerah atau lokal. Perubahan-perubahan itu, terutama terjadi pada *non-elected agencies* yang dapat dilakukan secara lebih fleksibel dibandingkan dengan *elected agencies* seperti parlemen. Tujuannya tidak lain adalah untuk menerapkan prinsip efisiensi agar pelayanan umum (*public services*) dapat benar-benar efektif. Untuk itu, birokrasi dituntut berubah menjadi *slimming down bureaucracies* yang pada intinya diliberalisasikan sedemikian rupa untuk memenuhi tuntutan perkembangan di era liberalisme baru.[219]

Di berbagai negara juga terbentuk berbagai organisasi atau lembaga yang disebut dengan rupa-rupa istilah seperti dewan, komisi, badan, otorita, lembaga, *agencies*, dan sebagainya. Namun, dalam pengalaman di banyak negara, tujuan yang mulia untuk efisiensi dan efektifitas pelayanan umum (*public services*) tidak selalu belangsung mulus sesuai dengan yang diharapkan. Di negara-negara demokrasi yang telah mapan, seperti di Amerika Serikat dan Perancis, pada tiga dasawarsa terakhir abad ke-20, juga banyak bertumbuhan lembaga-lembaga negara baru. Lembaga-lembaga baru tersebut biasa disebut sebagai *state auxiliary organs*, atau *auxiliary institutions* sebagai lembaga negara yang bersifat penunjang. Di antara lembaga-lembaga itu kadang-kadang ada juga yang disebut sebagai *self regulatory agencies*, *independent supervisory bodies*, atau lembaga-lembaga yang menjalankan fungsi campuran (*mix-function)* antara fungsi-fungsi regulatif, administratif, dan fungsi penghukuman yang biasanya dipisahkan tetapi justru dilakukan secara bersamaan oleh lembaga-lembaga baru tersebut.[220]

Lembaga-lembaga negara yang bersifat *ad hoc* itu di Inggris, menurut Sir Ivor Jennings,[221] biasanya dibentuk karena salah satu dari lima alasan utama (*five main reaons*), yaitu:

hal. 7

219 Ibid.

220 Ibid., hal. 8

221 Ibid.

1. *The need to provide cultural or personal services supposedly free from the risk of political interference*. Berkembangnya kebutuhan untuk menyediakan pelayanan budaya atau pelayanan yang bersifat personal yang diidealkan bebas dari risiko campur tangan politik, seperti misalnya the BBC (*British Broadcasting Corporation*);
2. *The desirability of non-political regulation of markets*. Adanya keinginan untuk mengatur dinamika pasar yang sama sekali bersifat nonpolitik, seperti misalnya *Milk Marketing Boards*;
3. *The regulation of independent professions such as medicine and the law*. Keperluan mengatur profesi-profesi yang bersifat independen seperti di bidang hukum kedokteran;
4. *The provisions of technical services*. Kebutuhan untuk mengadakan aturan mengenai pelayanan-pelayanan yang bersifat teknis (*technical services*) seperti antara lain dengan dibentuknya komisi, *the Forestry Commission*;
5. *The creation of informal judicial machinery for settling disputes*. Terbentuknya berbagai institusi yang berfungsi sebagai alat perlengkapan yang bersifat semi-judisial untuk menyelesaikan berbagai sengketa di luar peradilan sebagai '*alternative dispute resolution*' (ADR).

Kelima alasan tersebut ditambah oleh John Alder dengan alasan keenam, yaitu adanya ide bahwa *public ownership of key sectors of the economy is desirable in itself.*[222] Pemilikan oleh publik di bidang-bidang ekonomi atau sektor-sektor tertentu dianggap lebih tepat diorganisasikan dalam wadah organisasi tersendiri, seperti yang banyak dikembangkan akhir-akhir ini, misalnya dengan ide Badan Hukum Milik Negara (BHMN).

1. Pengertian Lembaga Negara

Untuk memahami pengertian lembaga atau organ negara secara lebih dalam, kita dapat mendekatinya dari pandangan Hans Kelsen mengenai *the concept of the State-Organ* dalam bukunya *General Theory of Law and State*. Hans Kelsen menguraikan bahwa "*Whoever fulfills a function determined by the legal order is an organ*".[223] Siapa saja yang menjalankan

222 Ibid., hal. 9

223 Hans Kelsen, General Theory of Law and State, (New York: Russell & Russell, 1961), hal.192.

suatu fungsi yang ditentukan oleh suatu tata hukum (*legal order*) adalah suatu organ.

Artinya, organ negara itu tidak selalu berbentuk organik. Di samping organ yang berbentuk organik, lebih luas lagi, setiap jabatan yang ditentukan oleh hukum dapat pula disebut organ, asalkan fungsi-fungsinya itu bersifat menciptakan norma (*normcreating*) dan/atau bersifat menjalankan norma (*norm applying*). "*These functions, be they of a norm-creating or of a norm-applying character, are all ultimately aimed at the execution of a legal sanction*".[224]

Menurut Kelsen, parlemen yang menetapkan undang-undang dan warga negara yang memilih para wakilnya melalui pemilihan umum sama-sama merupakan organ negara dalam arti luas. Demikian pula hakim yang mengadili dan menghukum penjahat dan terpidana yang menjalankan hukuman tersebut di lembaga pemasyarakatan, adalah juga merupakan organ negara. Pendek kata, dalam pengertian yang luas ini, organ negara itu identik dengan individu yang menjalankan fungsi atau jabatan tertentu dalam konteks kegiatan bernegara. Inilah yang disebut sebagai jabatan publik atau jabatan umum (*public offices*) dan pejabat publik atau pejabat umum (*public officials*).[225]

Di samping pengertian luas itu, Hans Kelsen juga menguraikan adanya pengertian organ negara dalam arti yang sempit, yaitu pengertian organ dalam arti materiil. Individu dikatakan organ negara hanya apabila ia secara pribadi memiliki kedudukan hukum yang tertentu *(... he personally has a specific legal position*). Suatu transaksi hukum perdata, misalnya, kontrak, adalah merupakan tindakan atau perbuatan yang menciptakan hukum seperti halnya suatu putusan pengadilan.

Lembaga negara terkadang disebut dengan istilah lembaga pemerintahan, lembaga pemerintahan nondepartemen, atau lembaga negara saja. Ada yang dibentuk berdasarkan atau karena diberi kekuasaan oleh UUD, ada pula yang dibentuk dan mendapatkan kekuasaannya dari undang-undang, dan bahkan ada pula yang hanya dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden. Hierarki atau ranking kedudukannya tentu saja

224 Ibid.

225 Pejabat yang biasa dikenal sebagai pejabat umum misalnya adalah notaris dan pejabat pembuat akta tanah (PPAT). Seringkali orang beranggapan seakan-akan hanya notaris dan PPAT yang merupakan pejabat umum. Padahal, semua pejabat publik adalah pejabat umum. Karena yang dimaksud dalam kata jabatan umum itu tidak lain adalah 'jabatan publik' (public office), bukan dalam arti general office.

tergantung pada derajat pengaturannya menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Lembaga negara yang diatur dan dibentuk oleh UUD merupakan organ konstitusi, sedangkan yang dibentuk berdasarkan UU merupakan organ Undang-Undang, sementara yang hanya dibentuk karena keputusan presiden tentunya lebih rendah lagi tingkatan dan derajat perlakuan hukum terhadap pejabat yang duduk di dalamnya. Demikian pula jika lembaga dimaksud dibentuk dan diberi kekuasaan berdasarkan Peraturan Daerah, tentu lebih rendah lagi tingkatannya.

Dalam setiap pembicaraan mengenai organisasi negara, ada dua unsur pokok yang saling berkaitan, yaitu *organ* dan *functie. Organ* adalah bentuk atau wadahnya, sedangkan *functie* adalah isinya; organ adalah status bentuknya (Inggris: *form,* Jerman: *vorm),* sedangkan *functie* adalah gerakan wadah itu sesuai maksud pembentukannya. Dalam naskah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, organ-organ yang dimaksud, ada yang disebut secara eksplisit namanya, dan ada pula yang disebutkan eksplisit hanya fungsinya. Ada pula lembaga atau organ yang disebut bahwa baik namanya maupun fungsi atau kewenangannya akan diatur dengan peraturan yang lebih rendah.

2. Lembaga-Lembaga Negara Menurut UUD 1945[226]

Jika dikaitkan dengan hal tersebut di atas, maka dapat dikemukakan bahwa dalam UUD 1945, terdapat tidak kurang dari 34 organ yang disebut keberadaannya dalam UUD 1945. Ke-34 organ atau lembaga tersebut adalah:

1) Majelis permusyawaratan Rakyat (MPR) diatur dalam Bab III UUD 1945 yang juga diberi judul "Majelis Permusyawaratan Rakyat". Bab III ini berisi dua pasal, yaitu Pasal 2 yang terdiri atas tiga ayat, Pasal 3 yang juga terdiri atas tiga ayat;
2) Presiden yang diatur keberadaannya dalam Bab III UUD 1945, dimulai dari Pasal 4 ayat (1) dalam pengaturan mengenai Kekuasaan Pemerintahan Negara yang berisi 17 pasal;
3) Wakil Presiden yang keberadaannya juga diatur dalam Pasal 4 yaitu pada ayat (2) UUD 1945. Pasal 4 ayat (2) UUD 1945 itu menegaskan, *"Dalam melakukan kewajibannya, Presiden dibantu oleh satu orang Wakil Presiden";*

226 Jimly, Ashiddiqie, Op.cit. hal. 11.

4) Menteri dan Kementerian Negara yang diatur tersendiri dalam Bab V UUD 1945, yaitu pada Pasal17 ayat (1), (2), dan (3);
5) Menteri Luar Negeri sebagai menteri *triumpirat* yang dimaksud oleh Pasal 8 ayat (3) UUD 1945, yaitu bersama-sama dengan Menteri Dalam Negeri dan Menteri Pertahanan sebagai pelaksana tugas kepresidenan apabila terdapat kekosongan dalam waktu yang bersamaan dalam jabatan Presiden dan Wakil Presiden;
6) Menteri Dalam Negeri sebagai *triumpirat* bersama-sama dengan Menteri Luar Negeri dan Menteri Pertahanan menurut Pasal 8 ayat (3) UUD 1945;
7) Menteri Pertahanan yang bersama-sama dengan Menteri Luar Negeri dan Menteri Dalam Negeri ditentukan sebagai menteri *triumpirat* menurut Pasal 8 ayat (3) UUD 1945. Ketiganya perlu disebut secara sendiri-sendiri, karena dapat saja terjadi konflik atau sengketa kewenangan konstitusional di antara sesama mereka, atau antara mereka dengan menteri lain atau lembaga negara lainnya;
8) Dewan Pertimbangan Presiden yang diatur dalam Pasal 16 Bab III tentang Kekuasaan Pemerintahan Negara yang berbunyi, *"Presiden membentuk suatu dewan pertimbangan yang bertugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada Presiden, yang selanjutnya diatur dalam undang-undang";*[227]
9) Duta seperti diatur dalam Pasal13 ayat (1) dan (2);
10) Konsul seperti yang diatur dalam Pasal13 ayat (1);
11) Pemerintahan Daerah Provinsi[228] sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6) dan ayat (7) UUD 1945;
12) Gubernur Kepala Pemerintah Daerah seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
13) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat 3 UUD 1945;
14) Pemerintahan Daerah Kabupaten sebagaimana dimaksud oleh

227 Sebelum Perubahan Keempat tahun 2002, ketentuan Pasal 16 ini berisi 2 ayat, dan ditempatkan dalam Bab IV dengan judul "Dewan Pertimbangan Agung", Artinya, Dewan Pertimbangan Agung bukan bagian dari "Kekuasaan Pemerintahan Negara", melainkan sebagai lembaga tinggi negara yang berdiri sendiri.

228 Di setiap tingkatan pemerintahan previnsi, kabupaten, dan keta, dapat dibedakan adanya tiga subjek hukum, yaitu (i) Pemerintahan Daerah; (ii) Kepala Pemerintah Daerah; dan (iii) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Jika disebut "Pemerintahan" maka yang dilihat adalah subjek pemerintahan daerah sebagai satu kesatuan. Kepala eksekutif disebut sebagai Kepala Pemerintah Daerah, bukan "kepala pemerintahan daerah". Sedangkan badan legislatif daerah dinamakan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6) dan ayat (7) UUD 1945;

15) Bupati Kepala Pemerintah Daerah Kabupaten seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
16) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (3) UUD 1945;
17) Pemerintahan Daerah Kota sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6) dan ayat (7) UUD 1945;
18) Walikota Kepala Pemerintah Daerah Kota seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
19) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kota seperti yang diatur oleh Pasal 18 ayat (3) UUD 1945;
20) Satuan Pemerintahan Daerah yang bersifat khusus atau istimewa seperti dimaksud oleh Pasal 18B ayat (1) UUD 1945, diatur dengan undang-undang. Karena kedudukannya yang khusus dan diistimewakan, satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa ini diatur tersendiri oleh UUD 1945. Misalnya, status Pemerintahan Daerah Istimewa Yogyakarta, Pemerintahan Daerah Otonomi Khusus Nanggroe Aceh Darussalam dan Papua, serta Pemerintahan Daerah Khusus Ibukota Jakarta. Ketentuan mengenai kekhususan atau keistimewaannya itu diatur dengan undang-undang. Oleh karena itu, pemerintahan daerah yang demikian ini perlu disebut secara tersendiri sebagai lembaga atau organ yang keberadaannya diakui dan dihormati oleh negara.
21) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang diatur dalam Bab VII UUD 1945 yang berisi Pasal 19 sampai dengan Pasal 22B;
22) Dewan Perwakilan Daerah (DPD) yang diatur dalam Bab VIIA yang terdiri atas Pasal 22C dan Pasal 220;
23) Komisi Penyelenggaran Pemilu yang diatur dalam Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 yang menentukan bahwa pemilihan umum harus diselenggarakan oleh suatu komisi yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Nama "Komisi Pemilihan Umum" bukanlah nama yang ditentukan oleh UUD 1945, melainkan oleh Undang-Undang;
24) Bank sentral yang disebut eksplisit oleh Pasal 230, yaitu *"Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggungjawab, dan independensinya diatur dengan undang-undang"*. Seperti halnya dengan Komisi Pemilihan

Umum, UUD 1945 belum menentukan nama bank sentral yang dimaksud. Memang benar, nama bank sentral sekarang adalah Bank Indonesia. Tetapi, nama Bank Indonesia bukan nama yang ditentukan oleh UUD 1945, melainkan oleh undang-undang berdasarkan kenyataan yang diwarisi dari sejarah di masa lalu.

25) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) yang diatur tersendiri dalam Bab VIIIA dengan judul "Badan Pemeriksa Keuangan", dan terdiri atas 3 pasal, yaitu Pasal 23E (3 ayat), Pasal 23F (2 ayat), dan Pasal 23G (2 ayat);
26) Mahkamah Agung (MA) yang keberadaannya diatur dalam Bab IX, Pasal 24 dan Pasal 24A UUD 1945;
27) Mahkamah Konstitusi (MK) yang juga diatur keberadaannya dalam Bab IX, Pasal 24 dan Pasal 24C UUD 1945;
28) Komisi Yudisial yang juga diatur dalam Bab IX, Pasal 24B UUD 1945 sebagai *auxiliary organ* terhadap Mahkamah Agung yang diatur dalam Pasal 24 dan Pasal 24A UUD 1945;
29) Tentara Nasional Indonesia (TNI) diatur tersendiri dalam UUD 1945, yaitu dalam Bab XII tentang Pertahanan dan Keamanan Negara, pada Pasal 30 UUD 1945;
30) Angkatan Darat (TNI AD) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
31) Angkatan Laut (TNI AL) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
32) Angkatan Udara (TNI AU) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
33) Kepolisian Negara Republik Indonesia (POLRI) yang juga diatur dalam Bab XII Pasal 30 UUD 1945;
34) Badan-badan lain yang fungsinya terkait dengan kehakiman seperti kejaksaan diatur dalam undang-undang sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi, *"Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang"*.[229]

Jika diuraikan lebih rinci lagi, apa yang ditentukan dalam Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 tersebut dapat pula membuka pintu bagi lembaga-

229 Dalam rancangan perubahan UUD, semula tercantum pengaturan mengenai Kejaksaan Agung. Akan tetapi, karena tidak mendapatkan kesepakatan, maka sebagai gantinya disepakatilah rumusan Pasal 24 ayat (3) tersebut. Karena itu, perkataan "badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman" dalam ketentuan tersebut dapat ditafsirkan salah satunya adalah Kejaksaan Agung. Di samping itu, sesuai dengan amanat UU, Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi atau KPK juga dapat disebut sebagai contoh lain mengenai badan-badan yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman.

lembaga negara lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman yang tidak secara eksplisit disebut dalam UUD 1945. Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 menentukan, *"Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang"*. Artinya, selain Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, serta Komisi Yudisial dan kepolisian negara yang sudah diatur dalam UUD 1945, masih ada badan-badan lainnya yang jumlahnya lebih dari satu yang mempunyai fungsi yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman. Badan-badan lain yang dimaksud itu antara lain adalah Kejaksaan Agung yang semula dalam rancangan Perubahan UUD 1945 tercantum sebagai salah satu lembaga yang diusulkan diatur dalam Bab tentang Kekuasaan Kehakiman, tetapi tidak mendapat kesepakatan, sehingga pengaturannya dalam UUD 1945 ditiadaan.

Namun, karena yang disebut dalam Pasal 24 ayat (3) tersebut di atas adalah badan-badan, berarti jumlahnya lebih dari satu. Artinya, selain Kejaksaan Agung, masih ada lagi lembaga lain yang fungsinya juga berkaitan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu yang menjalankan fungsi penyelidikan, penyidikan, dan/atau penuntutan. Lembaga-lembaga dimaksud misalnya adalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnasham), Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK), dan sebagainya. Lembaga-lembaga ini, seperti halnya Kejaksaan Agung, meskipun tidak secara eksplisit disebut dalam UUD 1945, tetapi sama-sama memiliki *constitutional importance* dalam sistem konstitusional berdasarkan UUD 1945.

Misalnya, mengenai keberadaan Komnas Hak Asasi Manusia. Materi perlindungan konstitusional hak asasi manusia merupakan materi utama setiap konstitusi tertulis di dunia. Untuk melindungi dan mempromosikan hak-hak asasi manusia itu, dengan sengaja negara membentuk satu komisi yang bernama Komnasham (Komisi Nasional Hak Asasi Manusia). Artinya, keberadaan lembaga negara bernama Komnas Hak Asasi Manusia itu sendiri sangat penting bagi negara demokrasi konstitusional. Karena itu, meskipun pengaturan dan pembentukannya hanya didasarkan atas undang-undang, tidak ditentukan sendiri dalam UUD, tetapi keberadaannya sebagai lembaga negara mempunyai apa yang disebut sebagai *constitutional importance* yang sama dengan lembaga-lembaga negara lainnya yang disebutkan eksplisit dalam UUD 1945.

Sama halnya dengan keberadaan Kejaksaan Agung dan kepolisian negara dalam setiap sistem negara demokrasi konstitusional atau pun negara hukum yang demokratis. Keduanya mempunyai derajat kepentingan *(importance)* yang sama. Namun, dalam UUD 1945, yang ditentukan kewenangannya hanya kepolisian negara yaitu dalam Pasal 30, sedangkan Kejaksaan Agung sama sekali tidak disebut. Hal tidak disebutnya Kejaksaan Agung yang dibandingkan dengan disebutnya Kepolisian dalam UUD 1945, tidak dapat dijadikan alasan untuk menilai bahwa kepolisian negara itu lebih penting daripada Kejaksaan Agung. Kedua-duanya sama-sama penting atau memiliki *constitutional importance* yang sama. Setiap yang mengaku menganut prinsip demokrasi konstitusional atau negara hukum yang demokratis, haruslah memiliki perangkat kelembagaan kepolisian negara dan kejaksaan sebagai lembaga-lembaga penegak hukum yang efektif.

3. Pembedaan Dari Segi Fungsi dan Hierarki[230]

Dari segi fungsinya, ke-34 lembaga tersebut, ada yang bersifat utama atau primer, dan ada pula yang bersifat sekunder atau penunjang *(auxiliary)*. Sedangkan dari segi hierarkinya, ke-30 lembaga itu dapat dibedakan ke dalam tiga lapis. Organ lapis pertama dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara. Organ lapis kedua disebut sebagai lembaga negara saja, sedangkan organ lapis ketiga merupakan lembaga daerah. Memang benar sekarang tidak ada lagi sebutan lembaga tinggi dan lembaga tertinggi negara. Namun, untuk memudahkan pengertian, organ-organ konstitusi pada lapis pertama dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara, yaitu:

1) Presiden dan Wakil Presiden;
2) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR);
3) Dewan Perwakilan Daerah (DPD);
4) Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR);
5) Mahkamah Konstitusi (MK);
6) Mahkamah Agung (MA);
7) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).

Organ lapis kedua dapat disebut lembaga negara saja. Ada yang mendapatkan kewenangannya dari UUD, dan ada pula yang mendapatkan kewenangannya dari undang-undang. Yang mendapatkan kewenangan dari UUD, misalnya, adalah Komisi Yudisial, Tentara

230 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal 16.

Nasional Indonesia, dan Kepolisian Negara; sedangkan lembaga yang sumber kewenangannya adalah undang-undang, misalnya, adalah Komnas HAM, Komisi Penyiaran Indonesia, dan sebagainya. Kedudukan kedua jenis lembaga negara tersebut dapat disebandingkan satu sama lain. Hanya saja, kedudukannya meskipun tidak lebih tinggi, tetapi jauh lebih kuat. Keberadaannya disebutkan secara eksplisit dalam undang-undang, sehingga tidak dapat ditiadakan atau dibubarkan hanya karena kebijakan pembentukan undang-undang. Lembaga-lembaga negara sebagai organ konstitusi lapis kedua itu adalah:

1) Menteri Negara;
2) Tentara Nasional lndonesia;
3) Kepolisian Negara;
4) Komisi Yudisial;
5) Komisi pemilihan umum;
6) Bank sentral.

Dari keenam lembaga atau organ negara tersebut di atas, yang secara tegas ditentukan nama dan kewenangannya dalam UUD 1945 adalah Menteri Negara, Tentara Nasional lndonesia, Kepolisian Negara, dan Komisi Yudisial. Komisi Pemilihan Umum hanya disebutkan kewenangan pokoknya, yaitu sebagai lembaga penyelenggara pemilihan umum (pemilu). Akan tetapi, nama lembaganya apa, tidak secara tegas disebut, karena perkataan komisi pemilihan umum tidak disebut dengan huruf besar.

Ketentuan Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 berbunyi, *"Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri"*. Sedangkan ayat (6)-nya berbunyi, *"Ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang"*. Karena itu, dapat ditafsirkan bahwa nama resmi organ penyelenggara pemilihan umum dimaksud akan ditentukan oleh undang-undang. Undang-undang dapat saja memberi nama kepada lembaga ini bukan Komisi Pemilihan Umum, tetapi misalnya Komisi Pemilihan Nasional atau nama lainnya.

Selain itu, nama dan kewenangan bank sentral juga tidak tercantum eksplisit dalam UUD 1945. Ketentuan Pasal 23D UUD 1945 hanya menyatakan, *"Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab, dan independensinya diatur dengan undang-undang"*. Bahwa bank sentral itu diberi nama seperti

yang sudah dikenal seperti selama ini, yaitu "Bank Indonesia", maka hal itu adalah urusan pembentuk undang-undang yang akan menentukannya dalam undang-undang. Demikian pula dengan kewenangan bank sentral itu, menurut Pasal 23D tersebut, akan diatur dengan Undang-Undang.

Dengan demikian derajat protokoler kelompok organ konstitusi pada lapis kedua tersebut di atas jelas berbeda dari kelompok organ konstitusi lapis pertama. Organ lapis kedua ini dapat disejajarkan dengan posisi lembaga-lembaga negara yang dibentuk berdasarkan undang-undang, seperti Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM),[231] Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK),[232] Komisi Penyiaran Indonesia (KPI),[233] Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU),[234] Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR),[235] Konsil Kedokteran Indonesia, dan lain-lain sebagainya.

Kelompok ketiga adalah organ konstitusi yang termasuk kategori lembaga negara yang sumber kewenangannya berasal dari regulator atau pembentuk peraturan di bawah undang-undang. Misalnya Komisi Hukum Nasional dan Komisi Ombudsman Nasional dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden belaka. Artinya, keberadaannya secara hukum hanya didasarkan atas kebijakan presiden *(presidential policy)* atau *beleid* presiden. Jika presiden hendak membubarkannya lagi, maka tentu presiden berwenang untuk itu. Artinya, keberadaannya sepenuhnya tergantung kepada *beleid* presiden.

Di samping itu, ada pula lembaga-lembaga daerah yang diatur dalam Bab VI UUD 1945 tentang Pemerintah Daerah. Dalam ketentuan tersebut diatur adanya beberapa organ jabatan yang dapat disebut sebagai organ daerah atau lembaga daerah yang merupakan lembaga negara yang terdapat di daerah. Lembaga-lembaga daerah itu adalah:

231 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3889).

232 Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4250).

233 Undang-Undang No. 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 139, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4252).

234 Undang-Undang NO.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 33,Tambahan Lembaran Negara Nomor 3817), Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingah Usaha.

235 Undang-Undang No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4429).

1) Pemerintahan Daerah Provinsi;
2) Gubemur;
3) DPRD provinsi;
4) Pemerintahan Daerah Kabupaten;
5) Bupati;
6) DPRD Kabupaten;
7) Pemerintahan Daerah Kota;
8) Walikota;
9) DPRD Kota

Di samping itu, dalam Pasal 18B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, disebut pula adanya satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa. Bentuk satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa itu, dinyatakan diakui dan dihormati keberadaannya secara tegas oleh undang-undang dasar, sehingga eksistensinya sangat kuat secara konstitusional.

Oleh sebab itu, tidak dapat tidak, keberadaan unit atau satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa itu harus pula dipahami sebagai bagian dari pengertian lembaga daerah dalam arti yang lebih luas. Dengan demikian, lembaga daerah dalam pengertian di atas dapat dikatakan berjumlah sepuluh organ atau lembaga.

Di antara lembaga-lembaga negara yang disebutkan dalam UUD 1945, ada yang dapat dikategorikan sebagai organ utama atau primer *(primary constitutional organs),* dan ada pula yang merupakan organ pendukung atau penunjang *(auxiliary state organs).* Untuk memahami perbedaan di antara keduanya, lembaga-lembaga negara tersebut dapat dibedakan dalam tiga ranah *(domain)* (i) kekuasaan eksekutif atau pelaksana; (ii) kekuasaan legislatif dan fungsi pengawasan; (iii) kekuasaan kehakiman atau fungsi yudisial.

Dalam cabang kekuasaan eksekutif atau pemerintahan negara ada presiden dan wakil presiden yang merupakan satu kesatuan institusi kepresidenan. Dalam bidang kekuasaan kehakiman, meskipun lembaga pelaksana atau pelaku kekuasaan kehakiman itu ada dua, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, tetapi di samping keduanya ada pula Komisi Yudisial sebagai lembaga pengawas martabat, kehormatan, dan perilaku hakim. Keberadaan fungsi Komisi Yudisial ini bersifat penunjang *(auxiliary)* terhadap cabang kekuasaan kehakiman. Komisi Yudisial

bukanlah lembaga penegak hukum *(the enforcer* of *the rule* of *law),* tetapi merupakan lembaga penegak etika kehakiman *(the enforcer* of *the rule* of *judicial ethics).*

Sedangkan dalam fungsi pengawasan dan kekuasaan legislatif, terdapat empat organ atau lembaga, yaitu (i) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), (ii) Dewan Perwakilan Daerah (DPD), (iii) Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), dan (iv) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).

Sementara itu, di cabang kekuasaan yudisial, dikenal adanya tiga lembaga, yaitu Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Agung, dan Komisi Yudisial. Yang menjalankan fungsi kehakiman hanya dua, yaitu Mahkamah Konstitusi, dan Mahkamah Agung. Tetapi, dalam rangka pengawasan terhadap kinerja hakim dan sebagai lembaga pengusul pengangkatan hakim agung, dibentuk lembaga tersendiri yang bemama Komisi Yudisial. Komisi ini bersifat independen dan berada di luar kekuasaan Mahkamah Konstitusi atau pun Mahkamah Agung, dan karena itu kedudukannya bersifat independen dan tidak tunduk kepada pengaruh keduanya. Akan tetapi, fungsinya tetap bersifat penunjang *(auxiliary)* terhadap fungsi kehakiman yang terdapat pada Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Meskipun Komisi Yudisial ditentukan kekuasaannya dalam UUD 1945, tidak berarti ia mempunyai kedudukan yang sederajat dengan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

Sebagai perbandingan, Kejaksaan Agung tidak ditentukan kewenangannya dalam UUD 1945, sedangkan Kepolisian Negara ditentukan dalam Pasal 30 UUD 1945. Akan tetapi, pencantuman ketentuan tentang kewenangan Kepolisian itu dalam UUD 1945 tidak dapat dijadikan alasan untuk menyatakan bahwa Kepolisian lebih tinggi kedudukannya daripada Kejaksaan Agung. Dalam setiap negara hukum yang demokratis, lembaga kepolisian dan kejaksaan sama-sama memiliki *constitutional importance* yang serupa sebagai lembaga penegak hukum. Di pihak lain, pencantuman ketentuan mengenai kepolisian negara itu dalam UUD 1945, juga tidak dapat ditafsirkan seakan menjadikan lembaga kepolisian negara itu menjadi lembaga konstitusional yang sederajat kedudukannya dengan lembaga-lembaga tinggi negara lainnya, seperti presiden, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, DPR, DPD, dan lain sebagainya. Artinya, hal disebut atau tidaknya atau ditentukan

tidaknya kekuasaan sesuatu lembaga dalam undang-undang dasar tidak serta merta menentukan hierarki kedudukan lembaga negara yang bersangkutan dalam struktur ketatanegaraan Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945.

Dengan demikian, dari segi keutamaan kedudukan dan fungsinya, lembaga (tinggi) negara yang dapat dikatakan bersifat pokok atau utama adalah (i) Presiden; (ii) DPR (Dewan Perwakilan Rakyat); (iii) DPD (Dewan Perwakilan Daerah); (iv) MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat); (v) MK (Mahkamah Konstitusi); (vi) MA (Mahkamah Agung); dan (vii) BPK (Badan Pemeriksa Keuangan). Lembaga tersebut di atas dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara. Sedangkan lembaga-lembaga negara yang lainnya bersifat menunjang atau *auxiliary* belaka. Oleh karena itu, seyogianya tata urutan protokoler ketujuh lembaga negara tersebut dapat disusun berdasarkan sifat-sifat keutamaan fungsi dan kedudukannya masing-masing sebagaimana diuraikan tersebut.

Oleh sebab itu, seperti hubungan antara KY dengan MA, maka faktor fungsi keutamaan atau fungsi penunjang menjadi penentu yang pokok. Meskipun posisinya bersifat independen terhadap MA, tetapi KY tetap tidak dipandang sederajat sebagai lembaga tinggi negara. Kedudukan protokolernya tetap berbeda dengan MA. Demikian juga Komisi Pengawas Kejaksaan dan Komisi Kepolisian tetap tidak dapat disederajatkan secara struktural dengan organisasi POLRI dan Kejaksaan Agung, meskipun komisi-komisi pengawas itu bersifat independen dan atas dasar itu kedudukannya secara fungsional dipandang sederajat. Yang dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara yang utama tetaplah lembaga-lembaga tinggi negara yang mencerminkan cabang-cabang kekuasaan utama negara, yaitu *legislature, executive,* dan *judiciary.*

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa lembaga-lembaga negara seperti Komisi Yudisial (KY), TNI, POLRI, Menteri Negara, Dewan Pertimbangan Presiden, dan lain-lain, meskipun sama-sama ditentukan kewenangannya dalam UUD 1945 seperti Presiden/Wapres, DPR, MPR, MK, dan MA, tetapi dari segi fungsinya lembaga-lembaga tersebut bersifat *auxiliary* atau memang berada dalam satu ranah cabang kekuasaan. Misalnya, untuk menentukan apakah KY sederajat dengan MA dan MK, maka kriteria yang dipakai tidak hanya bahwa kewenangan KY itu seperti halnya kewenangan MA dan MK ditentukan dalam UUD

1945. Karena, kewenangan TNI dan POLRI juga ditentukan dalam Pasal 30 UUD 1945. Namun, tidak dengan begitu, kedudukan struktural TNI dan POLRI dapat disejajarkan dengan tujuh lembaga negara yang sudah diuraikan di atas. TNI dan POLRI tetap tidak dapat disejajarkan strukturnya dengan presiden dan wakil presiden, meskipun kewenangan TNI dan POLRI ditentukan tegas dalam UUD 1945.

Demikian pula, Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan (PPATK), Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK), dan sebagainya, meskipun kewenangannya dan ketentuan mengenai kelembagaannya tidak diatur dalam UUD 1945, tetapi kedudukannya tidak dapat dikatakan berada di bawah POLRI dan TNI hanya karena kewenangan kedua lembaga terakhir ini diatur dalam UUD 1945. Kejaksaan Agung dan Bank Indonesia sebagai bank sentral juga tidak ditentukan kewenangannya dalam UUD, melainkan hanya ditentukan oleh undang-undang. Tetapi kedudukan Kejaksaan Agung dan Bank Indonesia tidak dapat dikatakan lebih rendah daripada TNI dan POLRI. Oleh sebab itu, sumber normatif kewenangan lembaga-lembaga tersebut tidak otomatis menentukan status hukumnya dalam hierarki susunan antara lembaga negara.

4. Prinsip-Prinsip Hubungan antar Lembaga Negara[236]

Perubahan UUD 1945 yang bersifat mendasar tentu mengakibatkan pada perubahan kelembagaan negara. Hal ini tidak saja karena adanya perubahan terhadap butir-butir ketentuan yang mengatur tentang kelembagaan negara, tetapi juga karena perubahan paradigma hukum dan ketatanegaraan. Beberapa prinsip-prinsip mendasar yang menentukan hubungan antarlembaga negara diantaranya adalah Supremasi Konstitusi, Sistem Presidentil, serta Pemisahan Kekuasaan dan *Check and Balances*.

a) Supremasi Konstitusi

Salah satu perubahan mendasar dalam UUD 1945 adalah perubahan Pasal 1 ayat (2) yang berbunyi "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar." Ketentuan ini membawa implikasi bahwa kedaulatan rakyat tidak lagi dilakukan sepenuhnya oleh MPR, tetapi dilakukan menurut

236 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 20.

ketentuan Undang-Undang Dasar. MPR tidak lagi menjadi lembaga tertinggi negara di atas lembaga-lembaga tinggi negara.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 tersebut, UUD 1945 menjadi dasar hukum tertinggi pelaksanaan kedaulatan rakyat. Hal ini berarti kedaulatan rakyat dilakukan oleh seluruh organ konstitusional dengan masing-masing fungsi dan kewenangannya berdasarkan UUD 1945. Jika berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 sebelum perubahan kedaulatan dilakukan sepenuhnya oleh MPR dan kemudian didistribusikan kepada lembaga-lembaga tinggi negara, maka berdasarkan hasil perubahan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 kedaulatan tetap berada di tangan rakyat dan pelaksanaannya langsung didistribusikan secara fungsional *(distributed functionally)* kepada organ-organ konstitusional.

Konsekuensinya, setelah Perubahan UUD 1945 tidak dikenal lagi konsepsi lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara. Lembaga-Iembaga negara yang merupakan organ konstitusional kedudukannya tidak lagi seluruhnya hierarkis di bawah MPR, tetapi sejajar dan saling berhubungan berdasarkan kewenangan masing-masing berdasarkan UUD 1945.

b) Sistem Presidentil

Sebelum adanya Perubahan UUD 1945, sistem pemerintahan yang dianut tidak sepenuhnya sistem presidentil. Jika dilihat hubungan antara DPR sebagai parlemen dengan Presiden yang sejajar *(neben),* serta adanya masa jabatan Presiden yang ditentukan *(fix term)* memang menunjukkan ciri sistem presidentil. Namun jika dilihat dari keberadaan MPR yang memilih, memberikan mandat, dan dapat memberhentikan Presiden, maka sistem tersebut memiliki ciri-ciri sistem parlementer. Presiden adalah mandataris MPR dan sebagai konsekuensinya Presiden bertanggung jawab kepada MPR dan MPR dapat memberhentikan Presiden.

Salah satu kesepakatan dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 1999 terkait Perubahan UUD 1945 adalah *"sepakat untuk mempertahankan sistem presidensiil (dalam pengertian sekaligus menyempumakan agar betul-betul memenuhi ciri-ciri umum sistem presidensiil)."* Penyempurnaan dilakukan dengan perubahan-perubahan ketentuan UUD 1945 terkait sistem kelembagaan.

Perubahan mendasar pertama adalah perubahan kedudukan MPR yang mengakibatkan kedudukan MPR tidak lagi merupakan lembaga tertinggi negara, sebagaimana telah dibahas sebelumnya. Perubahan selanjutnya untuk menyempurnakan sistem presidentil adalah menyeimbangkan legitimasi dan kedudukan antara lembaga eksekutif dan legislatif, dalam hal ini terutama antara DPR dan Presiden. Hal ini dilakukan dengan pengaturan mekanisme pemilihan Presiden dan Wakil Presiden yang dilakukan secara langsung oleh rakyat dan mekanisme pemberhentian dalam masa jabatan sebagaimana diatur dalam Pasal 6, 6A, 7, 7A, dan 8 UUD 1945. Karena Presiden dan Wakil Presiden dipilih secara langsung oleh rakyat, maka memiliki legitimasi kuat dan tidak dapat dengan mudah diberhentikan kecuali karena melakukan tindakan pelanggaran hukum.

Proses usulan pemberhentian Presiden dan atau Wakil Presiden tidak lagi sepenuhnya diserahkan kepada mekanisme politik, tetapi dengan mengingat dasar usulan pemberhentiannya adalah masalah pelanggaran hukum, maka proses hukum melalui Mahkamah Konstitusi harus dilalui. Di sisi yang lain, kekuasaan Presiden membuat Undang-Undang sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 sebelum Perubahan, diganti dengan hak mengusulkan rancangan undang-undang dan diserahkan kepada DPR sebagaimana diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UUD 1945. Selain itu juga ditegaskan Presiden tidak dapat membubarkan DPR sebagaimana diatur dalam Pasal 7C UUD 1945.

c) Pemisahan Kekuasaan dan *Check and Balances*

Sebelum perubahan UUD 1945, sistem kelembagaan yang dianut bukan pemisahan kekuasaan *(separation of power)* tetapi sering disebut dengan istilah pembagian kekuasaan *(distribution of power)*. Presiden tidak hanya memegang kekuasaan pemerintahan tertinggi (eksekutif) tetapi juga memegang kekuasaan membentuk undang-undang atau kekuasaan legislatif bersama-sama dengan DPR sebagai *co-legislator*-nya. Sedangkan, masalah kekuasaan kehakiman (yudikatif) dalam UUD 1945 sebelum perubahan dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang.

Dengan adanya perubahan kekuasaan pembentukan undang-undang yang semula dimiliki oleh Presiden menjadi dimiliki oleh DPR berdasarkan hasil Perubahan UUD 1945, terutama Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 ayat (1), maka yang disebut sebagai lembaga legislatif (utama) adalah DPR, sedangkan lembaga eksekutif adalah Presiden. Walaupun dalam proses pembuatan suatu undang-undang dibutuhkan persetujuan Presiden, namun fungsi Presiden dalam hal ini adalah sebagai *co-legislator*, bukan sebagai *legislator* utama. Sedangkan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) dan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945.

Hubungan antara kekuasaan eksekutif yang dilakukan oleh Presiden, kekuasaan legislatif oleh DPR dan kekuasaan yudikatif yang dilakukan oleh MA dan MK merupakan perwujudan sistem *checks and balances*. Sistem *checks and balances* dimaksudkan untuk mengimbangi pembagian kekuasaan yang dilakukan agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga pemegang kekuasaan tertentu atau terjadi kebuntuan dalam hubungan antarlembaga. Oleh karena itu, dalam pelaksanaan suatu kekuasaan selalu ada peran lembaga lain.

Dalam pelaksanaan kekuasaan pembuatan undang-undang misalnya, walaupun ditentukan kekuasaan membuat undang-undang dimiliki oleh DPR, namun dalam pelaksanaannya membutuhkan kerja sama dengan *co-legislator*, yaitu Presiden. Bahkan suatu ketentuan undang-undang yang telah mendapatkan persetujuan bersama DPR dan Presiden serta telah disahkan dan diundangkan pun dapat dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh MK jika dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

Khusus mengenai DPD, meskipun terkait dengan kekuasaan legislatif, khususnya berkenaan dengan rancangan undang-undang tertentu, tetapi fungsinya tidak disebut sebagai fungsi legislatif. DPD hanya berfungsi terbatas memberi saran, pertimbangan atau pendapat serta melakukan pengawasan yang sifatnya tidak mengikat. Karena itu DPD bukan sepenuhnya sebagai lembaga legislatif. Keberadaannya hanya bersifat penunjang terhadap fungsi DPR.

Di sisi lain, Presiden dalam menjalankan kekuasaan pemerintahannya mendapatkan pengawasan dari DPR. Pengawasan tidak hanya dilakukan setelah suatu kegiatan dilaksanakan, tetapi juga pada saat dibuat perencanaan pembangunan dan alokasi anggarannya. Bahkan kedudukan DPR dalam hal ini cukup kuat karena memiliki fungsi anggaran secara khusus selain fungsi legislasi dan fungsi pengawasan sebagaimana diatur pada Pasal 20A UUD 1945. Namun demikian kekuasaan DPR juga terbatas, DPR tidak dapat menjatuhkan Presiden dan atau Wakil Presiden kecuali karena alasan pelanggaran hukum. Usulan DPR tersebut harus melalui forum hukum di MK sebelum dapat diajukan ke MPR.

E. SISTEM PEMERINTAHAN

Dasar dan bentuk susunan suatu negara secara teoritis berhubungan erat dengan riwayat hukum dan stuktur sosial dari suatu bangsa.[237] Karena itulah setiap negara membangun susunan negaranya selalu dengan

237 Notulen rapat-rapat BPUPKI dan PPKI memberi gambaran betapa mendalamdan tinggi mutu diskusi para Bapak Bangsa tentang sistem pemerintahan. Pada sidang-sidang itu, Prof Soepomo, Mr Maramis, Bung Karno, dan Bung Hatta mengajukan aneka pertimbangan filosofis dan hasil kajian empiris untuk mendukung keyakinan mereka bahwa Trias Politica ala Montesqieue bukan sistem pembagian kekuasaan yang paling cocok untuk melaksanakan kedaulatan rakyat. Bahkan, Supomo, Soekarno menganggap Trias Politica sudah kolot dan tidak cocok untuk kondisi Indonesia. Pada rapat Panitia HukumDasar, bentukan BPUPKI, 11 juli 1945, dicapai kesepekatan, Republik Indonesia tidak akan menggunakan sistemparlementer seperti dilnggris karena merupakan penerapan dari perspektif individualisme. Sistem tersebut dipandang tidak mengenal pemisahan kekuasaan secara tegas.Antara cabang legislatif dan eksekutif ada fusion of powerkarena kekuasaan eksekutif sebenarnya adalah "bagian" kekuasaan legislatif. Perdana menteri dan para menteri sebagai kabinet yang kolektif adalah anggota parlemen. Sebaliknya, sistempresidensial dipandang tidak cocok untuk Indonesia yang baru merdeka karena sistemitu mempunyai tiga kelemahan. Pertama, sistem presidensial mengandung resiko konflik berkepanjangan antara legislatif eksekutif. Kedua, sistemini dianggap amat kaku karena presiden tidak dapat diturunkan sebelummasa jabatannyaberakhir. Ketiga, cara pemilihan winner takes all seperti dipraktikkan di Amerika Serikat bertentangan dengan semangat demokrasi. Indonesia yang baru merdeka akan menggunakan "SistemSendiri" sesuai usulan Dr. Soekiman, anggota BPUPKI dari Yogyakarta dan Prof. Soepomo, Ketua Panitia Kecil BPUPKI. Para ahli Indonesia menggunakan terminologi yang berbeda untuk menamakan sistem khas Indonesia tersebut. Ismail Suny menyebutnya SistemQuasi presidensial, Padmo Wahono menamakannya Sistem Mandataris, dan Azhary menamakannya SistemMPR. Dalam klasifikasi Verney, sistemyang mengandung karakteristik sistempresidensial dan parlementer disebut sistem semi-presidensial. Lihat, Sofyan Efendi, acara Dies Natalis ke 18 Universitas Wangsa Manggala, Yogyakarta, pada 9 Oktober 2004 dengan tema Revitalisasi Nilai Luhur Budaya Bangsa Sebagai Landasan Jatidiri Bangsa Indonesia". hal. 5.

memperhatikan kedua konfigurasi politik, hukum dan struktur sosialnya. Atas dasar pemikiran tersebut, Soepomo dalam rapat BPUPKI tanggal 31 Mei 1945 mengusulkan agar sistem pemerintahan negara Indnesia yang akan dibentuk.[238]

Dalam konteks tersebut, menurut penulis bahwa sangat urgennya dan sangat mendesaknya dalam pembentukan susunan negara terlebih dahulu menentukan sistem pemerintahannya dalam konstitusi, karena akan berimplikasi hubungan antara kekuasaan atau pemerintahan negara dan warga negaranya serta pertangggungjawaban kekuasaan pemerintahan negaranya. Oleh karena itu, sistem pemerintahan dapat dibagi kedalam dua bagian yang akan diuraikan di bawah ini.

1. Sistem Parlementer

Di dalam sistem ini ada hubungan yang erat antara badan eksekutif dengan badan legislatif, atau parlemen, atau badan perwakilan rakyat. Tugas atau kekuasaan eksekutif di sini diserahkan kepada suatu badan yang disebut kabinet atau dewan menteri. Kabinet ini mempertanggungjawabkan kebijaksanaanya, terutama dalam lapangan pemerintahan kepada badan perwakilan rakyat, yang menurut ajaran trias politika Montesquieu diserahi tugas memegang kekuasaan perundang-undangan, atau kekuasaan legislatif.

Pertanggunganjawaban ini tidak berarti bahwa badan eksekutif harus mengikuti segala apa yang dikehendaki oleh badan perwakilan rakyat saja, dan menjalankan apa yang menjadi kemauan daripada badan perwakilan rakyat; tetapi kabinet masih mempunyai kebebasan dalam menentukan kebijaksanaannya, terutama mengenai langkah-langkah pemerintahannya. Jadi, pokoknya kabinet masih mempunyai kebebasan dalam inisiatif. Hanya saja dalam tindakan-tindakannya mereka bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat atau parlemen, yang berarti bahwa mereka setiap waktu atau setiap kali dapat dimintai pertanggungjawaban tentang kebijaksanaannya oleh badan perwakilan rakyat.

Jika terjadi hal yang demikian, artinya badan perwakilan rakyat minta pertanggungan jawab kepada kabinet tentang kebijaksanaannya maka kabinet harus membela dan menjelaskan kebijaksanaannya itu

238 Sekretariat Negara R.I., Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Kemerdekaan (BPUPK) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei – 22 Agustus 1945. Jakarta, Sekretariat Negara R.I., 1998, hal. 55.

kepada badan perwakilan rakyat. Penjelasan ini mungkin hanya dilakukan oleh salah seorang menteri yang bersangkutan, atau mungkin oleh kabinet sendiri, jadi seluruh menterilah yang bertanggung jawab. Jika demikian halnya, maka biasanya penjelasan diberikan oleh perdana menterinya.

Setelah itu tergantung kapada penilaian daripada badan perwakilan rakyat itu, untuk dapat menerima baik pertanggungan jawab yang diberikan oleh kabinet tersebut, ataukah tidak. Kalau badan perwakilan rakyat dapat menerima pertanggungan-jawab yang diberikan oleh kabinet tersebut, maka dalam hal ini tidak akan terjadi sesuatu hal, akan tetapi kalau badan perwakilan tidak dapat menerima, ada kemungkinan bahwa badan perwakilan rakyat itu dengan suatu keputusan menyatakan tidak percaya terhadap kebijaksanaan pemerintah atau kabinet tersebut. Jika terjadi hal yang demikian ini maka menteri, atau para menteri yang bersangkutan, atau kadang-kadang malahan seluruh menteri atau seluruh anggota kabinet harus mengundurkan diri. Inilah yang disebut sebagai krisis kabinet.

Oleh karena kabinet itu bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat, maka sudah barang tentu pertanggungan jawab itu kebanyakan akan diterima baik oleh badan perwakilan rakyat, jika kebijaksanaan pada umumnya dari kabinet itu sesuai dengan yang dikehendaki oleh mayoritas di dalam badan perwakilan rakyat. Dan kebijaksanaan yang demikian itu pada umunya dapat diharapkan akan mendapatkan penerimaan baik oleh mayoritas dalam badan perwakilan rakyat, kalau dalam pembentukan kabinet itu telah diusahakan terlebih dahulu duduknya orang-orang yang bersama-sama merupakan mayoritas di dalam parlemen.[239]

Menurut Arend Lijphart[240] ciri-ciri Sistem Pemerintahan Parlementer, yakni terdiri dari:

1. Majelis menjadi Parlemen
2. Kepala Pemerintahan mengangkat Menteri
3. Kementerian (Pemerintah) adalah Badan Kolektif
4. Menteri biasanya merupakan Anggota Parlemen
5. Pemerintah bertanggung jawab secara politik kepada Majelis

239 Ibid., hal. 249-251.

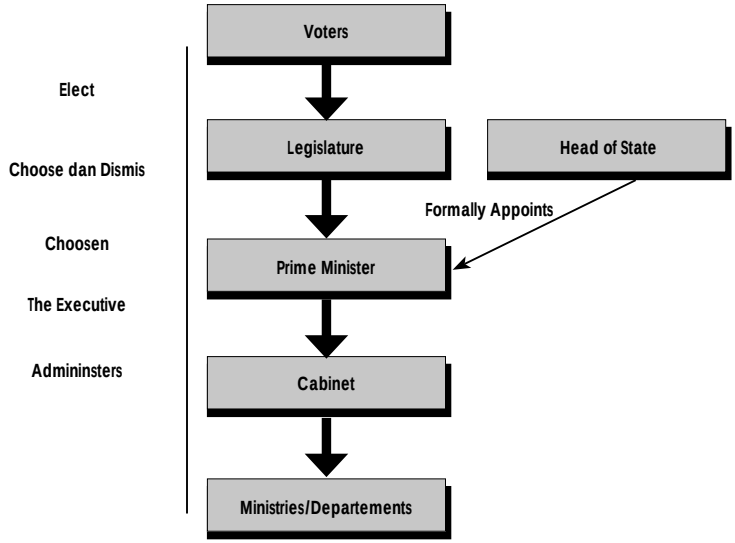
240 Arend Lijphart, Parliamentary versus Presidential Goverment; diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Ibrahim R.dkk, Sistem Pemerintahan Parlementer dan Presidensial, (Cet. 1, Ed.1; Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1995), hal. 36-41.

6. Kepala Pemerintahan dapat memberikan pendapat kepada Kepala Negara untuk membubarkan Parlemen.
7. Parlemen sebagai suatu kesatuan memiliki supremasi atas kedudukan yang lebih tinggi dari bagian-bagiannya Pemerintah dan Majelis, tetapi mereka tidak saling menguasai.
8. Pemerintah sebagai suatu kesatuan hanya bertanggung jawab secara tak langsung kepada para pemilih.
9. Parlemen adalah fokus kekuasaan dalam sistem politik.

Sedangkan menurut Jimly Asshiddiqie[241] mengatakan bahwa dalam sistem parlementer dapat dikemukakan enam ciri, yaitu: (i) Kabinet dibentuk dan bertanggung jawab kepada parlemen. (ii) Kabinet dibentuk sebagai satu kesatuan dengan tanggung jawab kolektif di bawah Perdana Menteri. (iii) Kabinet mempunyai hak konstitusional untuk membubarkan parlemen sebelum periode bekerjanya berakhir. (iv) Setiap anggota kabinet adalah anggota parlemen yang terpilih. (v) Kepala pemerintahan (Perdana Menteri) tidak dipilih langsung oleh rakyat, melainkan hanya dipilih menjadi salah seorang anggota parlemen. (vi) Adanya pemisahan yang tegas antara kepala negara dengan kepala pemerintahan.

241 Jimly Asshiddiqie, Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah (telaah perbandingan konstitusi berbagai negara), Cet.1, (Jakarta: UI-PRESS, 1996), hal. 67.

Bagan Sistem Pemerintahan Parlementer[242]



2. Sistem Presidensial

Dalam sistem ini, apabila susunan daripada badan eksekutif terdiri daripada seorang presiden, sebagai kepala pemerintahan, dan didampingi atau dibantu oleh seorang wakil presiden. Presiden di dalam menjalankan tugasnya dibantu oleh para menteri. Jadi para menteri itu kedudukannya sebagai pembantu presiden, maka para menteri tersebut di dalam menjalankan tugasnya harus bertanggung jawab kepada presiden. Para menteri itu diangkat dan diberhentikan oleh Presiden.

Menteri-menteri itu sebagai pembantu presiden bertugas memimpin departemen-departemen pemerintahan, dan bertanggung jawab kepada presiden. Badan perwakilan rakyat tidak dapat memberhentikan seseorang atau beberapa orang menteri yang turut bekerja di dalam badan eksekutif, meskipun badan perwakilan rakyat itu tidak dapat menyetujui kebijaksanaan daripada para menteri tersebut.

Jadi para menteri ini tidak mempunyai hubungan ke luar, dimaksudkan hubungan pertanggungan jawab dengan badan perwakilan

242 Rod hague dan Martin Harrop, Comperative Government and Politics an introduction, 5 ed, (New York: Palgrave, 2001), hal. 240.

rakyat. Yang bertanggung jawab pelaksanaan tugas yang diberikan kepada mereka oleh Kepala negara, adalah kepala negara sendiri. Sedangkan kepala negara ini pun tidak bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat, atas kebijaksanaan penyelesaian daripada tugas-tugasnya. Maka mengingat akan kedudukan para menteri ini, yang hanya merupakan pembantu daripada presiden, dan di mana presiden itu nyata-nyata merupakan pimpinan daripada badan eksekutif, *stelsel* atau sistem yang demikian ini disebut *stelsel* atau sistem presidensiil.[243]

Sedang Sistem Presidensial menurut Arend Lijphart[244], yakni terdiri dari:

1. Majelis tetap sebagai majelis saja
2. Eksekutif tidak dibagi tetapi hanya ada seorang presiden yang dipilih oleh rakyat untuk masa jabatan tertentu pada saat majelis dipilih.
3. Kepala Pemerintahan adalah Kepala Negara
4. Presiden mengangkat Kepala Departemen yang merupakan bawahannya
5. Presiden adalah Eksekutif Tunggal
6. Anggota Majelis tidak boleh menduduki jabatan pemerintahan dan sebaliknya
7. Eksekutif bertanggung jawab kepada Konstitusi
8. Presiden tidak dapat membubarkan atau memaksa Majelis
9. Majelis berkedudukan lebih tinggi dari bagian-bagian pemerintahan lain dan tidak ada peleburan bagian Eksekutif dan Legislatif seperti dalam sebuah Parlemen.
10. Eksekutif bertanggung jawab langsung kepada para pemilih
11. Tidak ada fokus kekuasaan dalam sistem politik.

Sedangkan sistem parlementer menurut Jimly[245] Pada sistem

243 Soehino, Ilmu Negara, (Cet. III; Yogyakarta: Penerbit Liberty Yogyakarta, 2000)., hal. 249

244 Ibid., hal. 43-48

245 Ibid., hal. 76-81. Wewenang dan kekuasaan Presiden sebagai Kepala Negara pada sistem parlementer diatur secara konstitusional Sebagai contoh: Algeria (Article 77) In addition to the po wers bestowed, explicitly, upon him by other provisions of the Constitution the Presiden of the Republic has the following powers and prerogatives: he is the Supreme Chief of all the Armed Forces of the Republic; he decides and conducts the foreign policy of the Nation; he presides the Cabinet; he appoints the Head of Government and puts an end to his functions; he signs the Presidenial decrees; he has the right of pardon, remission or commutation of punishment; he can refer to the People through a referendum on any issue of national importance; he concludes and ratifies international treaties; he awards State medals, decorations and honorific titles. Italia (Article 87) The Presiden of the Republic is the head of the State and represents the unity of the Na tion; The

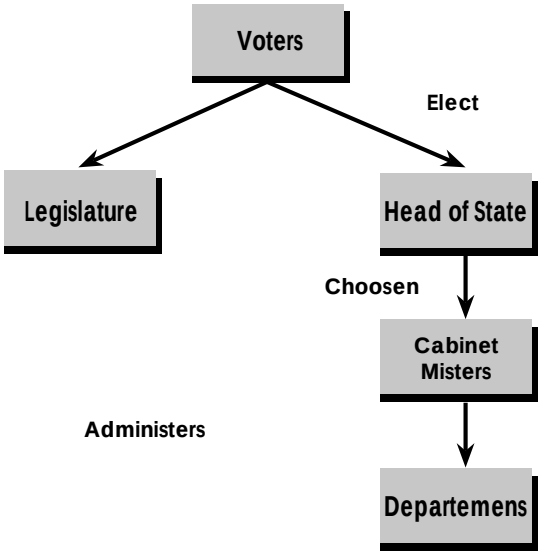
parlementer kedudukan Presiden hanya sebagai kepala negara dimaksud bahwa Presiden hanya memiliki kedudukan simbolik sebagai pemimpin yang mewakili segenap bangsa dan negara. Di beberapa negara, kepala negara juga memiliki kedudukan seremonial tertentu seperti pengukuhan, melantik dan mengambil sumpah Perdana Menteri beserta para anggota kabinet, dan para pejabat tinggi lainnya, mengesahkan undang-undang, mengangkat duta dan konsul, menerima duta besar dan perwakilan negara-negara asing, memberikan grasi, amnesti, abolisi dan rehalibitasi. Selain itu pada negara-negara yang menganut sistem multipartai, kepala negara dapat mempengaruhi pemilihan calon Perdana Menteri.

Berdasarkan dari penjelasan di atas, wacana yang menarik adalah, sistem pemerintahan apakah yang dianut oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pasca amandemen? Ketika pada tahun 1999, timbul perdebatan mengenai perlunya diadakan perubahan UUD 1945, muncul kesepakatan bahwa perubahan itu dapat disepakati bersama, asalkan dapat dijamin bahwa sistem pemerintahan presidensial tidak akan berubah, dan bahkan ada pula yang menyatakan bahwa perubahan UUD 1945 akan dilakukan asalkan salah satunya dimaksudkan untuk memperkuat sistem presidensial. Di samping istilah penguatan sistem pemerintahan presidentil, kadang-kadang ada juga yang menggunakan istilah pemurnian atau purifikasi sistem pemerintahan presidentil. Di antara cirinya yang baru ialah bahwa dalam sistem pemerintahan presidential berdasarkan UUD 1945 dewasa ini, tidak ada lagi jalur pertanggungjawaban Presiden kepada MPR, karena Presiden dipilih langsung oleh rakyat, maka Presiden juga harus langsung bertanggung jawab kepada rakyat melalui penerapan prinsip-prinsip transparansi dan akuntabilitas, melalui kebebasan pers, melalui kebebasan berserikat, berkumpul, dan berpartai politik, dan melalui pemilihan umum yang langsung, umum, bebas, rahasia, dan jujur, serta bekeadilan secara periodik setiap 5 tahunan. Dengan menelaah perkembangan yang demikian, maka kita tidak perlu ragu untuk menyatakan bahwa sistem

Presiden may send messages to Parliament; He shall call the elections of the two Chambers and fix the date of their first meeting; He shall authorize the submission to Parliament of bills proposed by the Government; He shall promulgate laws and i ssue decrees having the value of law, and government regulations; He shall call a referendum in such cases as are laid down by the Constitution; He shall appoint State officials in such cases as are laid down by the law; He shall accredit and receive diplo matic representatives; ratify international treaties, provided they are authorized by Parliament whenever such authorization is needed; The Presiden shall be the commander of the Armed forces.

pemerintahan yang dianut oleh UUD 1945 dewasa ini adalah sistem pemerintahan presidensial.[246]

Bagan Sistem Pemerintahan Presidensial[247]



F. HAK ASASI MANUSIA

Kepentingan paling mendasar dari setiap warga negara adalah perlindungan terhadap hak-haknya sebagai manusia.[248] Oleh karena itu, Hak asasi manusia merupakan materi inti dari naskah undang-undang

246 Jimly Asshiddiqie, Orasi Ilmniah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47, Jember, Senin, 14 November, 2011, hal. 2.

247 Rod hague dan Martin Harrop, Op. Cit., hal. 237.

248 Dalam konteks hak asasi manusia, jauh sebelumnya telah diabadikan di dalam al-Quran, hak hidup misalnya, sebagaimana dalam QS. Al-Maidah (5): 32), 32. "Oleh Karena itu kami tetapkan (suatu hukum) bagi Bani Israil, bahwa: barangsiapa yang membunuh seorang manusia, bukan Karena orang itu (membunuh) orang lain, atau bukan Karena membuat kerusakan dimuka bumi, Maka seakan-akan dia Telah membunuh manusia seluruhnya. dan barangsiapa yang memelihara kehidupan seorang manusia, Maka seolah-olah dia Telah memelihara kehidupan manusia semuanya. dan Sesungguhnya Telah datang kepada mereka rasul-rasul kami dengan (membawa) keterangan-keterangan yang jelas, Kemudian banyak diantara mereka sesudah itu sungguh-sungguh melampaui batas dalam berbuat kerusakan dimuka bumi. Untuk lebih mendetail tentang macam-macam hak asasi manusia dalam Islam, Lihat, Masdar Farid, Mas'udi, Syara UUD 1945 Perspektif Islam, Tanggerang Selatan: Pustaka Alvabet, 2013, hal. 191-208.

dasar negara modern. Hak Asasi Manusia (HAM), adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan setiap manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi, dan dilindungi oleh Negara, Hukum, Pemerintahan, dan setiap orang, demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.[249] Artinya, yang dimaksud sebagai hak asasi manusia adalah hak yang melekat pada diri setiap pribadi manusia.

Dalam sejarah perkembangan HAM, memperlihatkan bahwa munculnya konsepsi HAM tidak terlepas dari reaksi atas kekuasaan absolut yang pada akhirnya memunculkan sistem konstitusional dan konsep negara hukum baik itu *rechtstaat* maupun *rule of law*. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Louis XIV dengan ungkapan *L etat'est Moi* atau Negara adalah Saya.

Kekuasaan yang terkonsentrasi pada satu tangan menimbulkan kesewenang-wenangan, demikian diindikasikan oleh Lord Acton: *power tends to corrupt, Absolute power corrupt absolutely*. Menurut Philipus M. Hadjon sebagaimana dikutip Masda El-Muhtaj,[250] konsep *rechtstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner. Sebaliknya konsep *rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini tampak baik dari isi maupun kriteria *rechtstaat* dan *rule of law* itu sendiri. Konsep yang pertama bertumpu pada sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut *civil law*. Sedang konsep yang terakhir bertumpu pada sistem hukum *comman law* atau *Anglosakson*.

Munculnya keinginan untuk melakukan pembatasan yuridis terhadap kekuasaan, pada dasarnya, dikarenakan politik kekuasaan yang cenderung korup. Hal ini dikhawatirkan akan menjauhkan fungsi dan peran negara bagi kehidupan individu dan masyarakat. Atas dasar itu, terdapat keinginan yang besar agar dilakukan pembatasan kekuasaan secara yuridis-normatif untuk menghindari penguasa yang otoriter. Di sinilah konstitusi menjadi penting artinya bagi kehidupan masyarakat. Konstitusi dijadikan sebagai perwujudan hukum tertinggi yang harus dipatuhi oleh negara dan pejabat-pejabat pemerintah, sesuai dengan dalil *government by laws, not by men* (pemerintahan berdasarkan hukum bukan berdasarkan manusia).[251]

249 Lihat Pasal 1 angka 1 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

250 Majda El Muhtaj, Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia, Jakarta: Prenada Media, 2005, hal. 23.

251 Miriam Budihardjo, Op.cit., hal. 57.

Asal usul gagasan mengenai HAM sebagaimana disebut terdahulu bersumber dari teori hak kodrati (*natural rights theory*). Teori kodrati mengenai hak itu bermula dari teori hukum kodrati (*natural law theory*). Dalam perkembangannya melawan kekuasaan muncul Gerakan Pembaharuan (*Renaissance*) yang mengharapkan kembali kebudayaan Yunani dan Romawi yang menghormati orang per orang. Gerakan pembaharuan diteruskan oleh aliran hukum kodrat yang dipelopori oleh Thomas Aquinas dan Grotius yang menegaskan bahwa setiap orang dalam kehidupan ditentukan oleh Tuhan, tetapi semua orang apa pun statusnya tunduk pada otoritas Tuhan. Artinya, bukan hanya kekuasaan Raja saja yang dibatasi oleh aturan-aturan Ilahiah tetapi semua manusia dianugerahi identitas individual yang unik; yang terpisah dari negara di mana ia memiliki hak kodrati yang menyatakan bahwa setiap individu adalah makhluk otonom.[252]

Dalam perkembangannya hak-hak individu itu memperoleh tempatnya pada:

1. Magna Carta (1215) yang berisi kompromi pembagian kekuasaan Raja John dengan bangsawannya dan memuat gagasan HAM yang menjamin adanya perlindungan rakyat dari penangkapan, penahanan dan pembuangan kecuali ada keputusan pengadilan yang sah.
2. Habeas Carpus (1679) di Inggris yang mengharuskan seseorang yang ditangkap diperiksa dalam waktu singkat.
3. Glorius Revolution di Inggris pada tahun 1688 disusul *Bill of Rights* (1689) yang memuat hak-hak rakyat dan menegaskan kekuasaan Raja tunduk di bawah Parlemen.
4. Declaration of Independence 1788 yang disusun Thomas Jefferson mencantumkan bahwa manusia karena kodratnya bebas merdeka serta memiliki hak-hak yang tidak dapat dipisahkan atau dirampas dengan sifat kemanusiaannya berupa; hak hidup, hak memiliki, hak mengejar kebahagiaan dan keamanan
5. Pandangan inilah yang di bawah Marquis de Lafayette ke Perancis dan dimuat di *Des Droit De L'Homme et Du Citoyen* (Deklarasi Hak Manusia dan Warga Negara 1789) Pasal 1 : "Tujuan setiap organisasi politik adalah pelestarian HAM yang kodrati dan tidak

252 Rhona K Smith et al, Hukum HAM, Yogyakarta: Pusham UII, 2009, hal. 12.

dapat dicabut. Hak-hak itu adalah kebebasan (*Liberty*), Harta (*Property*), keamanan (*Safety*), perlawanan terhadap penindasan (*Resistence of Oppression*).[253]

Gagasan HAM yang berbasis pada pandangan hukum kodrati itu mendapat tantangan serius pada abad ke 19 dari Jeramy Bentham seorang filsuf utilitarian dari Inggris. Kritik Bentham yang mendasar terhadap teori hak-hak kodrati adalah bahwa hak-hak kodrati itu tidak bisa dikonfimasi dan diverifikasi kebenarannya. Hak bagi Bentham adalah anak kandung hukum, dari fungsi hukum lahirlah hak. Kritik Bentham mendapat dukungan dari kaum positivis seperti yang dikembangkan oleh John Austin bahwa eksistensi dan isi hak hanya dapat diturunkan dari hukum negara. Satu-satunya hukum yang sahih adalah perintah dari yang berdaulat. Ia tidak datang dari alam atau moral, melainkan dari negara.[254]

Namun demikian, penolakan dari kalangan utilitarian dan positivis tersebut tidak membuat teori hak-hak kodrati dilupakan orang. Jauh dari anggapan Bentham, hak-hak kodrati tidak kehilangan pamornya, ia malah tampil kembali pada masa akhir Perang Dunia II. Gerakan untuk menghidupkan kembali teori hak-hak kodrati inilah yang mengilhami kemunculan gagasan HAM di panggung internasional.[255]

Menurut Jimly, sering dikemukakan bahwa pengertian konseptual hak asasi manusia itu dalam sejarah instrumen hukum internasional setidak-tidaknya telah melampaui tiga generasi perkembangan. Ketiga generasi perkembangan konsepsi hak asasi manusia itu adalah:[256]

Generasi Pertama, pemikiran mengenai konsepsi hak asasi manusia yang sejak lama berkembang dalam wacana para ilmuwan sejak era *enlightenment* di Eropa, meningkat menjadi dokumen-dokumen hukum internasional yang resmi. Puncak perkembangan generasi pertama hak asasi manusia ini adalah pada persitiwa penandatanganan naskah *Universal Declaration of Human Rights*[257] Perserikatan Bangsa-

253 Retno Kusniati, Sejarah Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia dalam Kaitannya dengan Konsepsi Negara Hukum, Makalah disampaikan pada Bimbingan Teknis HAM Kantor Wilayah Kementrian Hukum dan HAM Jambi di Hotel Ceria Jambi tgl 24 Mei 2011, hal. 6.

254 Ibid.

255 David Weissbrodt, Hak-Hak Asasi: Tinjauan dari Perspektif Sejarah, dalam Peter Davies, Hak Asasi Manusia: Sebuah Bunga Rampai, Jakarta: Yayasann Obor Indonesia, 1994, hal. 30.

256 Jimly Asshiddiqie, Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, (Jakarta; Konstitusi Press, 2005), hal. 212 et seq.

257 Ditetapkan oleh Majelis Umum dalam Resolusi 217 A (III) tertanggal 10 Desember 1948. Lihat Juga penulis kutip, dalam Jimly Ashiddiqie, Demokrasi dan Hak Asasi Manusia, Makalah yang disampaikan dalam studium

Bangsa pada tahun 1948 setelah sebelumnya ide-ide perlindungan hak asasi manusia itu tercantum dalam naskah-naskah bersejarah di beberapa negara, seperti di Inggris dengan *Magna Charta* dan *Bill of Rights*, di Amerika Serikat dengan *Declaration of Independence*, dan di Perancis dengan *Declaration of Rights of Man and of the Citizens*. Dalam konsepsi generasi pertama ini elemen dasar konsepsi hak asasi manusia itu mencakup soal prinsip integritas manusia, kebutuhan dasar manusia, dan prinsip kebebasan sipil dan politik.

Pada perkembangan selanjutnya yang dapat disebut sebagai hak asasi manusia **Generasi Kedua,** di samping adanya *International Couvenant on Civil and Political Rights,*[258] konsepsi hak asasi manusia mencakup pula upaya menjamin pemenuhan kebutuhan untuk mengejar kemajuan ekonomi, sosial dan kebudayaan, termasuk hak atas pendidikan, hak untuk menentukan status politik, hak untuk menikmati ragam penemuan penemuan-penemuan ilmiah, dan lain-lain sebagainya. Puncak perkembangan kedua ini tercapai dengan ditandatanganinya *International Couvenant on Economic, Social and Cultural Rights*[259] pada tahun 1966.

Kemudian pada tahun 1986, muncul pula konsepsi baru hak asasi manusia yaitu mencakup pengertian mengenai hak untuk pembangunan atau *rights to development*. Hak atas atau untuk pembangunan ini mencakup persamaan hak atau kesempatan untuk maju yang berlaku bagi segala bangsa, dan termasuk hak setiap orang yang hidup sebagai bagian dari kehidupan bangsa tersebut. Hak untuk atau atas pembangunan ini antara lain meliputi hak untuk berpartisipasi dalam proses pembangunan, dan hak untuk menikmati hasil-hasil pembangunan tersebut, menikmati hasil-hasil dari perkembangan ekonomi, sosial dan kebudayaan, pendidikan, kesehatan, distribusi pendapatan, kesempatan kerja, dan lain-lain sebagainya. Konsepsi baru inilah yang oleh para ahli disebut sebagai konsepsi hak asasi manusia **Generasi Ketiga**.

Namun demikian, ketiga generasi konsepsi hak asasi manusia tersebut pada pokoknya mempunyai karakteristik yang sama, yaitu dipahami dalam konteks hubungan kekuasaan yang bersifat vertikal,

general pada acara The 1st National Converence Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005.

258 Ditetapkan melalui Resolusi Majelis Umum 2200 A (III) tertanggal 16 Desember 1966. Ibid.

259 Ditetapkan melalui Resolusi Majelis Umum 2200 A (III) tertanggal 16 Desember 1966. Ibid.

antara rakyat dan pemerintahan dalam suatu negara. Setiap pelanggaran terhadap hak asasi manusia mulai dari generasi pertama sampai ketiga selalu melibatkan peran pemerintah yang biasa dikategorikan sebagai *crime by government* yang termasuk ke dalam pengertian *political crime* (kejahatan politik) sebagai lawan dari pengertian *crime against government* (kejahatan terhadap kekuasaan resmi). Karena itu, yang selalu dijadikan sasaran perjuangan hak asasi manusia adalah kekuasaan represif negara terhadap rakyatnya. Akan tetapi, dalam perkembangan zaman sekarang dan di masa-masa mendatang, sebagaimana diuraikan di atas dimensi-dimensi hak asasi manusia itu akan berubah makin kompleks sifatnya.

Persoalan hak asasi manusia tidak cukup hanya dipahami dalam konteks hubungan kekuasaan yang bersifat vertikal, tetapi mencakup pula hubungan-hubungan kekuasaan yang bersifat horizontal, antarkelompok masyarakat, antara golongan rakyat atau masyarakat, dan bahkan antar satu kelompok masyarakat di suatu negara dengan kelompok masyarakat di negara lain.

Konsepsi baru inilah yang saya sebut sebagai konsepsi hak asasi manusia **Generasi Keempat** seperti telah saya uraikan sebagian pada bagian terdahulu. Bahkan sebagai alternatif, menurut pendapat saya, konsepsi hak asasi manusia yang terakhir inilah yang justru tepat disebut sebagai **Konsepsi HAM Generasi Kedua,** karena sifat hubungan kekuasaan yang diaturnya memang berbeda dari konsepsi-konsep HAM sebelumnya. Sifat hubungan kekuasaan dalam konsepsi Generasi Pertama bersifat vertikal**,** sedangkan sifat hubungan kekuasaan dalam konsepsi Generasi Kedua bersifat horizontal. Dengan demikian, pengertian konsepsi HAM generasi kedua dan generasi ketiga sebelumnya cukup dipahami sebagai perkembangan varian yang sama dalam tahap pertumbuhan konsepsi generasi pertama.[260]

Terlepas dari gagasan HAM dan HAM dalam konteks panggung sejarah, perkembangan pemikiran HAM di Indonesia mengalami pasang dan surut yang secara jelas dapat terlihat melalui tabel periodesasi sejarah Indonesia, mulai tahun 1908 hingga sekarang. Pada dasarnya, konsep HAM bukanlah semata-mata sebagai konsep tentang hak-hak asasi individual, melainkan juga kewajiban-kewajiban asasi yang menyertainya. Periode perkembangan HAM di Indonesia dipaparkan sebagai berikut:[261]

260 Jimly Asshiddiqie, Op. cit, hal. 220-222.

261 Retno Kusniati, Op.cit., hal. 9. Lihat pula, Bagir Manan, Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia, Alumni, Bandung, 2001.

1. Periode 1908-1945

Konsep pemikiran HAM telah dikenal oleh Bangsa Indonesia terutama sejak tahun 1908 lahirnya Budi Utomo, yakni di tahun mulai timbulnya kesadaran akan pentingnya pembentukan suatu negara bangsa (*nation state*) melalui berbagai tulisan dalam suatu Majalah Goeroe Desa. Konsep HAM yang mengemuka adalah konsep-konsep mengenai hak atas kemerdekaan, dalam arti hak sebagai bangsa merdeka yang bebas menentukan nasib sendiri (*the rights of self determination*). Namun HAM bidang sipil, seperti hak bebas dari diskriminasi dalam segala bentuknya dan hak untuk mengeluarkan pikiran dan pendapat mulai juga diperbincangkan. Bahkan konsep mengenai hak untuk turut serta dalam pemerintahan telah dikemukakan oleh Budi Utomo.

Perkembangan HAM di Indonesia selanjutnya tumbuh seiring dengan kemunculan berbagai organisasi pergerakan yang intinya sebagaimana diperjuangkan oleh Perhimpunan Indonesia yaitu hak menentukan nasib sendiri. Pada masa-masa selanjutnya, pemikiran tentang demokrasi asli Bangsa Indonesia yang antara lain dikemukakan Hatta, makin memperkuat anggapan bahwa HAM telah dikenal dan bukanlah hal baru bagi Bangsa Indonesia. Perkembangan pemikiran HAM mengalami masa-masa penting manakala terjadi perdebatan tentang Rancangan UUD oleh BPUPKI. Supomo mengemukakan bahwa HAM berasal dari cara berpikir yang liberal dan individualistik yang menempatkan warga negara berhadapan dengan negara, dan karena itu, paham HAM tidak sesuai dengan "ide integralistik dari Bangsa Indonesia". Menurut Supomo manusia Indonesia menyatu dengan negaranya dan karena itu tidak masuk akal mau melindungi individu dari negara. Debat ini muncul kembali pada pertengahan Juli 1945. Sukarno mengemukakan bahwa keadilan yang diperjuangkan bagi Bangsa Indonesia bukanlah keadilan individual, melainkan keadilan sosial dan karena itu HAM dan hak-hak dasar warga negara tidak pada tempatnya dalam UUD. Sebaliknya, Muhammad Hatta dan Muhammad Yamin memperingatkan bahwa bisa saja negara menjadi negara kekuasaan dan karena itu hak-hak dasar warga negara perlu dijamin. Akhirnya tercapailah Pasal 28 UUD 1945, di mana hak-hak dasar demokratis seperti hak untuk berserikat dan berkumpul dan untuk menyampaikan pendapat diatur.

Hak asasi barulah mendapatkan tempat yang penting utamanya pada masa KRIS 1949 dan UUDS 1950, karena kedua UUD atau konstitusi itu memuat HAM secara terperinci. Hal itu disebabkan KRIS 1949 dibuat setelah lahirnya *Declaration of Human Right* 1948, sedangkan UUDS 1950 adalah perubahan dari KRIS 1949 melalui Undang-Undang Federal No. 7 tahun 1950.

2. Periode 1945-1950

Meskipun usia RIS relatif singkat, yaitu dari tanggal 27 Desember 1949 sampai 17 Agustus 1950, namun baik sistem kepartaian multipartai maupun sistem pemerintahan parlementer yang dicanangkan pada kurun waktu pertama berlakunya UUD 1945, masih berlanjut. Kedua sistem yang menumbuhkembangkan sistem politik demokrasi liberal/ parlementer tersebut semakin berlanjut setelah Indonesia kembali menjadi negara kesatuan dengan berlakunya UUDS 1950 pada periode 17 Agustus 1950-5 Juli 1959. Bahkan pada periode ini suasana kebebasan yang menjadi semanggat demokrasi liberal sangat ditenggang, sehingga dapat dikatakan bahwa baik pemikiran maupun aktualisasi HAM pada periode ini mengalami "pasang" dan menikmati "bulan madu". Karena: [262]

1. semakin banyaknya tumbuh partai politik dengan beragam ideologinya masing-masing;
2. kebebasan pers sebagai salah satu pilar demokrasi betul-betul menikmati kebebasannya;
3. Pemilihan Umum sebagai pilar lain dari demokrasi berlangsung dalam suasana kebebasan, fair dan demokratis;
4. Parlemen atau Dewan Perwakilan Rakyat sebagai representasi dari kedaulatan rakyat menunjukan kinerja dan kelasnya sebagai wakil-wakil rakyat dengan melakukan kontrol atau pengawasan;
5. Wacana dan pemikiran tentang HAM memperoleh iklim yang kondusif.

   Satu hal yang penting adalah bahwa semua partai, dengan pandangan ideologis yang berbeda-beda, sepakat bahwa HAM harus dimasukan ke dalam bab khusus yang mempunyai kedudukan sentral dalam batang tubuh UUD.

262 Bagir Manan, Ibid., Hal. 32.

3. Periode 1950-1959

Memasuki periode kedua berlakunya UUD 1945 yaitu sejak dikeluarkannya Dekrit Presiden 5 Juli 1959, gagasan atau konsepsi Presiden Soekarno mengenai demokrasi terpimpin dilihat dari sistem politik yang berlaku yang berada di bawah kontrol/kendali Presiden.

Dalam perspektif pemikiran HAM, terutama hak sipil dan politik, sistem politik demokrasi terpimpin tidak memberikan keleluasaan atau pun menenggang adanya kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pikiran dengan tulisan. Di bawah naungan demokrasi terpimpin, pemikiran tentang HAM dihadapkan pada restriksi atau pembatasan yang ketat oleh kekuasaan, sehingga mengalami kemunduran (*set back*) sebagai sesuatu yang berbanding terbalik dengan situasi pada masa Demokrasi Parlementer.

4. Periode 1959-1966

Memasuki periode kedua berlakunya UUD 1945 yaitu sejak dikeluarkannya Dekrit Presiden 5 Juli 1959, gagasan atau konsepsi Presiden Soekarno mengenai demokrasi terpimpin dilihat dari sistem politik yang berlaku yang berada di bawah kontrol/kendali Presiden.

Dalam perspektif pemikiran HAM, terutama hak sipil dan politik, sistem politik demokrasi terpimpin tidak memberikan keleluasaan atau pun menenggang adanya kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pikiran dengan tulisan. Di bawah naungan demokrasi terpimpin, pemikiran tentang HAM dihadapkan pada restriksi atau pembatasan yang ketat oleh kekuasaan, sehingga mengalami kemunduran (*set back*) sebagai sesuatu yang berbanding terbalik dengan situasi pada masa Demokrasi Parlementer.

5. Periode 1966-1998

Pemberontakan G30S/PKI tanggal 30 September 1966 yang diikuti dengan situasi *chaos* mengantarkan Indonesia kembali mengalami masa kelam kehidupan berbangsa. Presiden Soekarno mengeluarkan **Supersemar** yang dijadikan landasan hukum bagi Soeharto untuk mengamankan Indonesia. Masyarakat Indonesia dihadapkan kembali pada situasi dan keadaan di mana HAM tidak dilindungi. Hal ini disebabkan oleh

pemikiran para elit kekuasaan terhadap HAM. Umumnya era ini ditandai oleh pemikiran HAM adalah produk barat. Pada saat yang sama Indonesia sedang memacu pembangunan ekonomi dengan mengunakan slogan "pembangunan" sehingga segala upaya pemajuan dan perlindungan HAM dianggap sebagai penghambat pembangunan. Hal ini tercermin dari berbagai produk hukum yang dikeluarkan pada periode ini, yang pada umumnya bersifat restriktif terhadap HAM.

Pada pihak lain, masyarakat umumnya diwakili LSM dan kalangan akademisi berpandangan bahwa HAM adalah universal. Keadaan minimnya penghormatan dan perlindungan HAM ini mencapai titik nadir pada tahun 1998 yang ditandai oleh turunnya Soeharto sebagai Presiden.

Periode 1966-1998 ini secara garis besar memiliki karakteristik tahapan berikut:

1. Tahap represi dan pembentukan jaringan (*repression and activation of network*)

   Pada tahap ini Pemerintah melakukan represi terhadap segala bentuk perlawanan yang menyebabkan kelompok tertindas dalam masyarakat menyampaikan informasi ke masyarakat internasional. Konflik berdarah yang dimulai di Jakarta, ditandai dengan terbunuhnya pada Jenderal, disusul dengan munculnya konflik langsung yang melibatkan tentara, penduduk sipil serta orang-orang yang dianggap simpatisan PKI.

   Pembunuhan, baik dalam bentuk operasi militer maupun konflik sipil terjadi di hampir seluruh wilayah Indonesia, dengan jumlah korban yang berbeda di tiap provinsi. AD secara ressi menyimpulkan bahwa jumlah korban di seluruh Indonesia 78.000. orang.[263] Di tengah-tengah keprihatinan akan runtuhnya supremasi hukum atas banyaknya pelanggaran HAM yang terjadi di periode ini, hasil pembentukan jaringan menampakan hasilnya dengan dibebaskannya hampir seluruh tahanan politik PKI pada tahun 1970-1979. Namun, tindakan represif Orde Baru tetap berlangsung terutama terhadap gerakan mahasiswa dan aktivis yang kritis terhadap pemerintah.

263 Hermawan Sulistyo, Pembantaian Massal yang Terlupakan, 2000, hal. 43.

2. Tahap Penyangkalan

   Tahap ini ditandai dengan suatu keadaan di mana pemerintah otoriter dikritik oleh masyarakat Internasional atas pelanggaran-pelanggaran HAM yang terjadi, jawaban yang umumnya diberikan oleh pemerintah adalah bahwa HAM merupakan urusan domestik sehingga kritikan dianggap sebagai campur tangan terhadap kedaulatan negara. Tampaknya pada masa penyangkalan ini Pemerintahan Soeharto yang mendasarkan HAM pada konsepsi negara integralistik yang dikemukakan Supomo, yang tampaknya lebih mengedepankan kewajiban dibanding hak. Hal ini sebetulnya rancu, karena paham integralistik telah ditolak pada pembahasan naskah UUD, dan Supomo sendiri akhirnya menerima usul Hatta dan Muhammad Yamin untuk memasukan hak berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pikiran ke dalam UUD.

   Kritik internasional yang berlanjut atas berbagai pelanggaran HAM Timor-Timor, kasus Tanjung Priok, kasus DOM Aceh, kasus Kedung Ombo, peristiwa Santa Cruz coba diatasi dengan membentuk Komnas HAM pada tahun 1993.

3. Tahap Konsesi Taktis

   Pada tahap ini Pemerintah Orde Baru terdesak dan diterpa krisis moneter pada tahun 1997. Indonesia mulai menerima HAM internasional karena membutuhkan dana untuk membangun. Pada bagian lain kekuasaan Orde Baru mulai melemah, puncaknya terjadi pada bulan Mei 1998 yang diwarnai dengan peristiwa berdarah 14 Mei 1998. Demonstrasi mahasiswa yang terjadi secara besar-besaran telah menurunkan Soeharto sebagai Presiden.

4. Tahap Penentuan

   Banyaknya norma HAM internasional yang diadopsi dalam peraturan perundang-undangan nasional melalui ratifikasi dan institusionalisasi. Beberapa kemajuan dapat dilihat dari berbagai Sejarah Perlindungan Hak Asasi Manusia, Konsepsi Negara Hukum peraturan perundang-undangan HAM yaitu diintegrasikannya HAM dalam perubahan UUD 1945 serta dibentuknya peraturan perundangan HAM.

6. Periode 1998-sekarang

Sebagaimana telah berhasil dirumuskan dalam naskah Perubahan Kedua UUD 1945, ketentuan mengenai hak-hak asasi manusia telah mendapatkan jaminan konstitusional yang sangat kuat dalam Undang-Undang Dasar. Sebagian besar materi Undang-Undang Dasar ini sebenarnya berasal dari rumusan Undang-Undang yang telah disahkan sebelumnya, yaitu Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia. Jika dirumuskan kembali, maka materi yang sudah diadopsikan ke dalam rumusan Undang-Undang Dasar 1945 mencakup 27 materi berikut:

1. Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya[264].
2. Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah[265].
3. Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi[266].
4. Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu[267].
5. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali[268].
6. Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya[269].
7. Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat[270].
8. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan

264 Dari Pasal 28A Perubahan Kedua UUD 1945.
265 Ayat (2) ini berasal dari Pasal 28B ayat (1) Perubahan Kedua.
266 Berasal dari ayat 28B ayat (2) Perubahan Kedua.
267 Dari Pasal 28I ayat (2) Perubahan Kedua.
268 Dari Pasal 28E ayat (1) Perubahan Kedua.
269 Pasal 28E ayat (2) Perubahan Kedua.
270 Pasal 28E ayat (3) Perubahan Kedua.

menggunakan segala jenis saluran yang tersedia[271].

9. Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi[272].
10. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain[273].
11. Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan[274].
12. Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan[275].
13. Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat[276].
14. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun[277].
15. Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia[278].
16. Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya[279].

271 Dari Pasal 28F Perubahan Kedua.
272 Ayat (5) ini berasal dari Pasal 28G ayat (1) Perubahan Kedua.
273 Dari Pasal 28G ayat (2) Perubahan Kedua.
274 Ayat (1) ini berasal dari Pasal 28H ayat (1) Perubahan Kedua.
275 Pasal 28H ayat (2) Perubahan Kedua.
276 Pasal 28H ayat (3) Perubahan Kedua.
277 Pasal 28H ayat (4) Perubahan Kedua.
278 Ayat (5) ini berasal dari Pasal 28C ayat (1) Perubahan Kedua
279 Dari Pasal 28C ayat (2) Perubahan Kedua.

17. Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum[280].
18. Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja[281].
19. Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan[282].
20. Negara, dalam keadaan apa pun, tidak dapat mengurangi hak setiap orang untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut[283].
21. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak masyarakat tradisional selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa[284].
22. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya[285].
23. Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah[286].
24. Untuk memajukan, menegakkan dan melindungi hak asasi manusia

280 Ayat (7) ini berasal dari Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua.

281 Ayat (8) ini berasal dari Pasal 28D ayat (2) Perubahan Kedua.

282 Ayat ini berasal dari Pasal 28E ayat (4) Perubahan Kedua.

283 Berasal dari rumusan Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua yang perumusannya mengundang kontroversi di kalangan banyak pihak. Di sini perumusannya dibalik dengan subjek negara.

284 Berasal dari Pasal 28I ayat (3) yang disesuaikan dengan sistematika perumusan keseluruhan pasal ini dengan subjek negara dalam hubungannya dengan warga negara.

285 Ini adalah ayat tambahan yang diambil dari usulan berkenaan dengan penyempurnaan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 sebagaimana tercantum dalam lampiran TAP No.IX/MPR/2000, yaitu alternatif 4 dengan menggabungkan perumusan alternatif 1 butir 'c' dan 'a'. Akan tetapi, khusus mengenai anak kalimat terakhir ayat ini, yaitu: "...serta melindungi penduduk dari penyebaran paham yang bertentangan dengan ajaran agama", sebaiknya dihapuskan saja, karena dapat mengurangi kebebasan orang untuk menganut paham yang meskipun mungkin sesat di mata sebagian orang, tetapi bisa juga tidak sesat menurut sebagian orang lain. Negara atau Pemerintah dianggap tidak selayaknya ikut campur mengatur dalam urusan perbedaan pendapat dalam paham-paham internal suatu agama. Biarlah urusan internal agama menjadi domain masyarakat sendiri (public domain). Sebab, perlindungan yang diberikan oleh negara kepada satu kelompok paham keagamaan dapat berarti pemberangusan hak asasi kelompok paham yang lain dari kebebasan yang seharusnya dijamin oleh UUD.

286 Ayat (6) ini berasal dari Pasal 28I ayat (4) Perubahan Kedua.

sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan[287].

25. Untuk menjamin pelaksanaan Pasal 4 ayat (5) tersebut di atas, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independen menurut ketentuan yang diatur dengan undang-undang[288].
26. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
27. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis[289].

Jika ke-27 ketentuan yang sudah diadopsikan ke dalam Undang-Undang Dasar diperluas dengan memasukkan elemen baru yang bersifat menyempurnakan rumusan yang ada, lalu dikelompokkan kembali sehingga mencakup ketentuan-ketentuan baru yang belum dimuat di dalamnya, maka rumusan hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar dapat mencakup lima kelompok materi sebagai berikut:[290]

1. Kelompok Hak-Hak Sipil[291] yang dapat dirumuskan menjadi:
   a. Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya.
   b. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, perlakuan

287 Dari ayat (5) Pasal 28I Perubahan Kedua dengan menambahkan perkataan "...memajukan..", sehingga menjadi "Untuk memajukan, menegakkan, dan melindungi...."

288 Komnas HAM memang telah dikukuhkan keberadaannya dengan undang-undang. Akan tetapi, agar lebih kuat, maka hal itu perlu dicantumkan tegas dalam UUD.

289 Berasal dari Pasal 28J Perubahan Kedua.

290 Jimly Asshiddiqie, Op. cit, hal. 9.

291 Terhadap hak-hak sipil tersebut, dalam keadaan apa pun atau bagaimanapun, negara tidak dapat mengurangi arti hak-hak yang ditentukan dalam Kelompok 1 "a" sampai dengan "h". Namun, ketentuan tersebut tentu tidak dimaksud dan tidak dapat diartikan atau digunakan sebagai dasar untuk membebaskan seseorang dari penuntutan atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang diakui menurut ketentuan hukum Internasional. Pembatasan dan penegasan ini penting untuk memastikan bahwa ketentuan tersebut tidak dimanfaatkan secara semena-mena oleh pihak-pihak yang berusaha membebaskan diri dari ancaman tuntutan. Justru di sinilah letak kontroversi yang timbul setelah ketentuan Pasal 28I Perubahan Kedua UUD 1945 disahkan beberapa waktu yang lalu.

atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat kemanusiaan.

c. Setiap orang berhak untuk bebas dari segala bentuk perbudakan.
d. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya.
e. Setiap orang berhak untuk bebas memiliki keyakinan, pikiran dan hati nurani.
f. Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum.
g. Setiap orang berhak atas perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan.
h. Setiap orang berhak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
i. Setiap orang berhak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
j. Setiap orang berhak akan status kewarganegaraan.
k. Setiap orang berhak untuk bebas bertempat tinggal di wilayah negaranya, meninggalkan dan kembali ke negaranya.
l. Setiap orang berhak memperoleh suaka politik.
m. Setiap orang berhak bebas dari segala bentuk perlakuan diskriminatif dan berhak mendapatkan perlindungan hukum dari perlakuan yang bersifat diskriminatif tersebut.

2. Kelompok Hak-Hak Politik, Ekonomi, Sosial dan Budaya
   a. Setiap warga negara berhak untuk berserikat, berkumpul dan menyatakan pendapatnya secara damai.
   b. Setiap warga negara berhak untuk memilih dan dipilih dalam rangka lembaga perwakilan rakyat.
   c. Setiap warga negara dapat diangkat untuk menduduki jabatan-jabatan publik.
   d. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pekerjaan yang sah dan layak bagi kemanusiaan.
   e. Setiap orang berhak untuk bekerja, mendapat imbalan, dan mendapat perlakuan yang layak dalam hubungan kerja yang berkeadilan.

f. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi.
g. Setiap warga negara berhak atas jaminan sosial yang dibutuhkan untuk hidup layak dan memungkinkan pengembangan dirinya sebagai manusia yang bermartabat.
h. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi.
i. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pendidikan dan pengajaran.
j. Setiap orang berhak mengembangkan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya untuk peningkatan kualitas hidup dan kesejahteraan umat manusia.
k. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak-hak masyarakat lokal selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa[292].
l. Negara mengakui setiap budaya sebagai bagian dari kebudayaan nasional.
m. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya[293].

3. Kelompok Hak-Hak Khusus dan Hak atas Pembangunan
   a. Setiap warga negara yang menyandang masalah sosial, termasuk kelompok masyarakat yang terasing dan yang hidup di lingkungan terpencil, berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan yang sama.

292 Berasal dari Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 yang disesuaikan dengan sistematika perumusan keseluruhan pasal ini dengan subjek negara dalam hubungannya dengan warga negara.

293 123 Ini adalah ayat tambahan yang diambil dari usulan berkenaan dengan penyempurnaan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 sebagaimana tercantum dalam lampiran TAP No.IX/MPR/2000, yaitu alternatif 4 dengan menggabungkan perumusan alternatif 1 butir 'c' dan 'a'. Akan tetapi, khusus mengenai anak kalimat terakhir ayat ini, yaitu: "... serta melindungi penduduk dari penyebaran paham yang bertentangan dengan ajaran agama", sebaiknya dihapuskan saja, karena dapat mengurangi kebebasan orang untuk menganut paham yang meskipun mungkin sesat di mata sebagian orang, tetapi bisa juga tidak sesat menurut sebagian orang lain. Negara atau Pemerintah dianggap tidak selayaknya ikut campur mengatur dalam urusan perbedaan pendapat dalam paham-paham internal suatu agama. Biarlah urusan internal agama menjadi domain masyarakat sendiri (public domain). Sebab, perlindungan yang diberikan oleh negara kepada satu kelompok paham keagamaan dapat berarti pemberangusan hak asasi kelompok paham yang lain dari kebebasan yang seharusnya dijamin oleh UUD.

b. Hak perempuan dijamin dan dilindungi untuk mencapai kesetaraan gender dalam kehidupan nasional.
c. Hak khusus yang melekat pada diri perempuan yang dikarenakan oleh fungsi reproduksinya dijamin dan dilindungi oleh hukum.
d. Setiap anak berhak atas kasih sayang, perhatian dan perlindungan orang tua, keluarga, masyarakat dan negara bagi pertumbuhan fisik dan mental serta perkembangan pribadinya.
e. Setiap warga negara berhak untuk berperan serta dalam pengelolaan dan turut menikmati manfaat yang diperoleh dari pengelolaan kekayaan alam.
f. Setiap orang berhak atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.
g. Kebijakan, perlakuan atau tindakan khusus yang bersifat sementara dan dituangkan dalam peraturan perundangan-undangan yang sah yang dimaksudkan untuk menyetarakan tingkat perkembangan kelompok tertentu yang pernah mengalami perlakuan diskriminasi dengan kelompok-kelompok lain dalam masyarakat, dan perlakuan khusus sebagaimana ditentukan dalam ayat (1) pasal ini, tidak termasuk dalam pengertian diskriminasi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (13).

4. Tanggung Jawab Negara dan Kewajiban Asasi Manusia
   a. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
   b. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan sesuai dengan nilai-nilai agama, moralitas dan kesusilaan, keamanan dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis.

c. Negara bertanggung jawab atas perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia.
d. Untuk menjamin pelaksanaan hak asasi manusia, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independen dan tidak memihak yang pembentukan, susunan dan kedudukannya diatur dengan undang-undang.

G. PEMILIHAN UMUM

Dalam konsteks pemiliham umum *an sich*, hampir semua sarjana politik sepakat bahwa pemilu merupakan kriteria penting untuk mengukur kadar demokrasi sebuah sistem politik. Misalnya, Robert A. Dahl, Gwendolen M. Carter, John H. Herz, Henry B. Mayo, Austin Ranney, dan Sudhaussen adalah beberapa diantaranya.[294]

Memperhatikan hal tersebut berarti pemilihan umum adalah merupakan *conditio sine quanon* bagi suatu negara demokrasi modern, artinya rakyat memilih seseorang untuk mewakilinya dalam rangka keikutsertaan rakyat dalam penyelenggaraan pemerintahan negara, sekaligus merupakan suatu rangkaian kegiatan politik untuk menampung kepentingan atau aspirasi masyarakat. Dalam konteks manusia sebagai individu warga negara, maka pemilihan umum berarti proses penyerahan sementara hak politiknya. Hak tersebut adalah hak berdaulat untuk turut serta menjalankan penyelenggaraan negara.[295]

Pelaksanaan kedaulatan rakyat tidak dapat dilepaskan dari pemilihan umum karena pemilihan umum merupakan konsekuensi logis dianutnya prinsip kedaulatan rakyat (demokrasi) dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Prinsip dasar kehidupan kenegaraan yang demokratis adalah setiap warga negara berhak ikut aktif dalam proses politik.[296]

Kegiatan pemilihan umum (*general election*) juga merupakan salah satu sarana penyaluran hak asasi warga negara yang sangat prinsipil. Oleh karena itu, dalam rangka pelaksanaan hak-hak asasi warga negara

294 Eep Saefulloh Fatah, Zaman Kesempatan: Agenda-agenda Besar Demokratisasi Pasca-Orde Baru, Bandung: Mizan, 2000, hal. 116. Penempatan istilah pemilu sebagai kriteria demokrasi modern yang pernah dikembangkan para sarjana ilmu politik, Lihat dalam definisi-definisi modern yang pernah dikembangkan para sarjana ilmu politik, dalam Eep Saefulloh Fatah, Masalah dan Prospek Demokrasi di Indonesia, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994, hal 5-13.

295 Miriam Budiarjo, Hak Asasi Manusia Dalam Dimensi Global, (Jakarta: Jurnal Ilmu Politik, No. 10, 1990), hal. 37.

296 Dahlan Thaib, Implementasi Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945, (Yogyakarta: Liberty, 1993), hal. 94.

adalah keharusan bagi pemerintah untuk menjamin terlaksananya penyelenggaraan pemilihan umum sesuai dengan jadwal ketatanegaraan yang telah ditentukan. Sesuai dengan prinsip kedaulatan rakyat di mana rakyatlah yang berdaulat, maka semua aspek penyelenggaran pemilihan umum itu sendiri pun harus juga dikembalikan kepada rakyat untuk menentukannya. Adalah pelanggaran terhadap hak-hak asasi apabila pemerintah menjamin terselenggaranya pemilihan umum, memperlambat penyelenggaraan pemilihan umum tanpa persetujuan para wakil rakyat, atau pun tidak terselenggara sebagaimana mestinya.[297]

Sebagaimana penjelasan di atas, menurut penulis bahwa pelaksanaan pemilihan umum niscaya dalam suatu negara demokrasi modern dan pemilihan umum sebagai legitimasi terhadap pemerintahan, baik eksekutif maupun legislatif. Namun, pelaksanaan pemilihan umum harus simetris dengan prinsip kedaulatan rakyat di bidang lainnya, yakni di bidang ekonomi yang bertujuan untuk menyejahterakan rakyat sebagai implikasi dan konsekuensi logis dari pelaksanaan pemilihan umum.[298]

1. Tujuan pemilihan umum

Dalam hal tujuan pemilu, menurut Jimly Ashiddiqie[299], bahwa penyelenggaran pemilihan umum memiliki tujuan sebagai berikut:

1. untuk memungkinkan terjadinya peralihan kepemimpinan pemerintahan secara tertib dan damai;
2. untuk memungkinkan terjadinya pergantian pejabat yang akan mewakili kepentingan rakyat di lembaga perwakilan;
3. untuk melaksanakan prinsip kedaulatan rakyat; dan
4. untuk melaksanakan prinsip-prinsip hak-hak asasi warga negara.

Sedangkan menurut Kusnardi dan Harmaily Ibrahim[300], bahwa tujuan pemilahan umum yakni sebagai berikut:

1. memungkinkan terjadinya peralihan pemerintahan secara aman dan tertib;

297 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal 172.

298 Untuk kajian lebih mendalam perihal pemilihan umum apakah simetris dengan kesejahteraan dibidang ekonomi adalah sangat urgen untuk ditelusuri lebih jauh sejarah awal pemilu dan implikasinya terhadap kesejahteraan rakyat dibidang ekonomi yang telah terkonstitusionalisasi di dalam konstitusi atau terkonstitusionaloisasi sejak lahirnya UUD Tahun 1945.

299 Ibid. hal. 174.

300 Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Op.cit., hal 330.

2. untuk melaksanakan kedaulatan rakyat; dan
3. dalam rangka melaksanakan hak-hak asasi warga negara.

Dari hal di atas, kita dapat menyimpulkan bahwa, dalam negara demokrasi modern kehadiran suatu pemilihan umum adalah suatu keniscayaan.[301]

2. Sistem pemilihan umum

Dalam konsteks sistem pemilu *an sich*, bahwa pada umumnya anggota partai politik duduk di lembaga perwakilan melalui pemilihan umum, Sehubungan dengan itu cara yang biasa dianut untuk mengisi keanggotaan lembaga perwakilan menurut G.Y. Wolhoff, yaitu melalui pengangkatan (penunjukkan) biasa disebut *sistem pemilihan organis* dan pemilihan umum biasa disebut *sistem pemilihan mekanis.*[302]

Adapun sistem pemilihan umum, lebih lanjut dapat diuraikan macam-macamnya sebagai berikut:

1. Sistem Pemilihan Organis

Dalam pandangan G.Y. Wolhoff, pada sistem organisme ini rakyat dipandang sebagai sejumlah individu-individu yang hidup bersama-sama dalam beraneka warna persekutuan hidup seperti genealogi (rumah tangga), teritorial (desa, kota, daerah), fungsional spesial (cabang, industri), lapisan-lapisan sosial (buruh, tani) dan lembaga sosial (universitas). Masyarakat dipandangnya sebagai suatu organisasi yang terdiri dari organ-organ yang mempunyai kedudukan dan fungsi tertentu dalam *totalitet* organisasi itu, yaitu persekutuan-persekutuan hidup inilah sebagai pengendali hak pilih, atau lebih tepat sebagai hak untuk mengutus wakil-wakil kepada perwakilan masyarakat (rakyat). Mungkin dalam persekutuan-persekutuan hidup ini ada pemilihan, mungkin juga tidak, tetapi itu tidak penting. Yang penting di sini persekutuan-persekutuan hidup ini mengirimkan wakil-wakilnya ke lembaga perwakilan sesuai dengan jumlah yang dibutuhkan atau yang disepakati dalam undang-undang negara tersebut.[303]

301 Sebagai bahan pendukung argumentasi di atas, mengenai pemilihan umum dalam islam, atau dalam istilah masdar Farid Mas'udi adalah Syara Pemiliham Umum. Lihat, Masdar Farid Mas'udi, Syarah UUD 1945 Perspektif Islam, Tanggerang Selatan: Pustaka Alvabet, 2013.

302 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Mengenal Teori-teori Politik- Dari Sistem Politik sampai Korupsi, (Cet.I; Bandung: Penerbit Nuansa, 2006), hal. 314.

303 Dari uraian ini, jelas kelihatan kedudukan lembaga perwakilan ini agak lemah, sehingga biasanya apabila

Dalam sistem pemilihan organis ini partai-partai/organisasi politik tidak perlu dikembangkan, karena pemilihan diselenggarakan dan dipimpin oleh setiap persekutuan hidup dalam lingkungan sendiri. Badan perwakilan menurut sistem organisme ini bersifat badan perwakilan kepentingan-kepentingan khusus persekutuan hidup yang biasa disebut dewan korporatif.[304]

2. Sistem Pemilihan Mekanis

Dalam pemilihan mekanis menurut Wolhoff, rakyat dipandang saagai massa individu-individu yang sama. Individu-individu inilah sebagai *pengendali hak pilih aktif* dalam masing-masing mengeluarkan satu suara dalam tiap pemilihan untuk satu lembaga perwakilan.

Sistem pemilihan mekanis biasanya dengan dua pemilihan umum, yaitu: 1) Sistem distrik; 2) Sistem proporsional.[305]

3. Distrik dan Sistem Distrik (*Single Member Constituency*)

Distrik adalah *wilayah geografis suatu negara yang batas-batasnya dihasilkan melalui suatu pembagian untuk tujuan pemilihan umum*. Dengan demikian, luas suatu distrik dapat sama besar dengan besar wilayah administrasi pemerintahan, dapat pula berbeda. Yang dimaksud besar distrik, adalah berapa banyak anggota badan perwakilan yang akan dipilih dalam satu distrik pemilihan. Besar distrik bukan berarti berapa jumlah pemilih yang ada dalam distrik tersebut. Berdasarkan definisi tersebut maka kita dapat membedakan distrik menjadi distrik beranggota tunggal (*distrik member distrik*) dan distrik beranggota jamak (*multi member distrik*).

Sistem Distrik disebut juga sebagai sistem pemilihan mayoritas atau *single member consstituency*. Sistem pemilihan distrik adalah suatu sistem pemilihan umum di mana wilayah suatu negara yang menyelenggarakan pemilihan untuk memilih wakil di parlemen, dibagi atas distrik-distrik pemilihan yang jumlahnya sama dengan kursi yang tersedia di parlemen (kursi yang diperebutkan dalam

lembaga ini hendak menetapkan undang-undang yang menyangkut hak-hak rakyat, undang-undang itu setelah disetujui lembaga perwakilan ini baru dapat berlaku bila disetujui oleh rakyat melalui referendum. Lihat Bintang, R.Saragih, Op.cit., hal.171-172

304 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Op.Cit., hal. 315

305 Ibid., hal. 316

pemilihan umum tersebut), dan tiap distrik memilih hanya satu wakil untuk duduk di parlemen dari sekian calon untuk distrik tersebut (karena itu sistem pemilihan ini sering disebut *single member constituency*, yaitu yang memperoleh suara terbanyak (mayoritas) dalam pemilihan bersangkutan. Sebagai contoh, untuk memilih seorang wakil dari distrik M yang akan duduk di lembaga perwakilan negara bersangkutan diajukan 5 (lima) orang calon yaitu A, B, C, D dan E. Biasanya tiap partai hanya mencalonkan/ mendukung seorang calon. Dalam pemilihan bersangkutan A mendapat 21 suara, B 20 suara, C 20 suara, D juga 20 suara dan E 19 suara. Maka menurut sistem pemilihan ini yang terpilih, menjadi wakil di parlemen adalah A, karena dia memperoleh suara terbanyak dalam pemilihan tersebut, yaitu 21 suara. Betapa pun kecilnya selisih suara yang diperolehnya dalam pemilihan tersebut dari calon lainnya tidak menjadi soal. Dan tidak ada perhitungan suara yang tersisa, semua suara B, C, D, dan E, dianggap hilang.[306]

4. Sistem Pemilihan Mayoritas-Pluralitas

Menurut Paimin Napitupulu, karena seseorang dapat terpilih hanya dengan 29% suara, sistem distrik mendapatkan reputasi yang buruk. Karena itu dicari jalan bagaimana menghilangkan kejelekan sistem distrik namun tanpa menghancurkan ciri-ciri utama sistem distrik. Kompromi yang ideal adalah bagaimana menciptakan suatu sistem pemilihan yang mudah dipahami oleh para pemberi suara, menghasilkan pemerintahan yang stabil dan kuat, dan setiap anggota parlemen mewakili suatu konstituensi sekaligus mendapatkan dukungan mayoritas dari konstituensinya.[307]

5. Pemilu dengan Sistem Representasi Proporsional

Sistem pemilihan ini disebut juga sebagai sistem pemilihan *multi member constituency* atau sistem perwakilan berimbang, dengan menggunakan distrik-distrik wakil majemuk, jumlah wakil yang terpilih untuk suatu distrik ditentukan oleh persentase suara sah yang diraih oleh partai atau kandidat peserta pemilu dalam distrik tersebut.[308]

306 Ibid., hal. 317-318
307 Ibid., hal. 322
308 http://www.ideaindo.or.id/download/publications/system_pemilu., pdf, "Sistem Pemilu," download Pukul

Sistem pemilihan proporsioanal[309] adalah sistem pemilihan umum di mana kursi yang tersedia di parlemen pusat untuk diperebutkan dalam suatu pemilihan umum, dibagikan kepada partai-partai/ golongan-golongan politik yang turut dalam pemilihan tersebut sesuai dengan imbangan suara yang diperolehnya dalam pemilihan yang bersangkutan.

Untuk kepentingan ini ditentukan suatu perimbangan misalnya 1 : 400.000 yang berarti sejumlah 400.000 pemilih mempunyai wakil di parlemen. Negara dianggap sebagai satu daerah pemilihan, dan setiap suara dihitung dalam arti bahwa suara yang diperoleh dalam satu daerah dapat ditambahkan dengan suara yang diperoleh dari daerah lainnya atau suara yang lebih dari suatu daerah dapat ditambahkan kepada suara yang diperoleh pada daerah pemilihan lainnya, sehingga besar kemungkinan setiap organisasi peserta pemilu memperoleh kursi/wakil di parlemen pusat.[310]

Karena luasnya wilayah suatu negara atau banyaknya jumlah penduduk yang turut dalam suatu pemilihan dewasa ini, dalam sistem proporsional sering dibentuk daerah pemilihan[311] (bukan distrik pemilihan) di mana wilayah negara dibagi atas daerah pemilihan. Tetapi sama dengan aslinya dengan memperhitungkan

13.45 WIB, Tgl 17 Februari 2014

309 Dalam literatur ilmu politik --khususnya tentang kepemiluan-- disebutkan bahwa dasar pemikiran yang mendasari munculnya sistem proporsional adalah untuk mengurangi kesenjangan antara perolehan suara partai secara nasional dengan perolehan kursi di parlemen. Lihat, Andrew Raynold dalam buku Sistem Pemilu,2009. ACE Project, kerja sama antara International IDEA, United Nation dan International Foundation for Election System. Hal. 99. Dengan kata lain, perolehan suara partai politik berbanding lurus dengan perolehan kursinya. Jean Blondel, sebagaimana dikutip Miriam Budiardjo, menyebut sistem ini sebagai multi-member constituency atau satu daerah pemilihan memilih beberapa wakil. Kebalikan dari sistem ini adalah sistem distrik atau single-member constituency yakni satu daerah pemilihan memilih satu wakil. Lihat, Miriam Budiardjo, 2010. Dasar-Dasar Ilmu Politik.Gramedia Pustaka Utama: Jakarta. Hal. 461-462. Selanjutnya, Setelah melewati perdebatan panjang, UU Pemilu 2012 akhirnya menetapkan sistem proporsional terbuka sebagai sistem dalam pemilihan anggota DPR dan DPRD dalam Pemilu 2014. Sedangkan, untuk memilih anggota DPD, menggunakan sistem distrik berwakil banyak. Demikian bunyi pengaturan sistem pemilu dalam Pasal 5 UU Pemilu 2012. Lihat, Undang-Undang No. 8 Tahun 2012 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

310 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Op.Cit.,hal. 334

311 Daerah pemilihan tidak selalu sama dengan batas-batas provisi/kabupaten/kota/kecamatan. Agar dapat memahami tentang daerrah pemilihan, dapat dipahami pada pemilu DPR, DPRD Provinsi, DPRD Kabupaten/ kota 2004. Untuk pemilihan di tiap tingkatan DPR RI, adalah provinsi atau bagian-bagian provinsi. Daerah pemilihan untuk pemilu DPRD Kabupaten/kota adalah kecamatan atau gabungan kecamatan. Lihat Apa dan Bagaimana Pemilu 2004 Panduan Untuk Pemilih Kritis, Friendrich Naumann Stiftung bekerja sama dengan PAKARTI, CETRO (Center for Electoral Reform), YAPIKA, hal.10

wilayah, jumlah penduduk dan faktor-faktor politik lainnya, kursi yang tersedia di parlemen pusat yang akan diperebutkan dalam suatu daerah pemilihan umum harus lebih dahulu dibagikan ke daerah-daerah pemilihan umum, tetapi jumlah kursi yang diperebutkan ini tidak boleh satu untuk daerah pemilihan, harus lebih dari satu sesuai dengan namanya *multimember constituency*. Pemenang dari satu daerah pemilihan harus lebih dari satu orang. Misalnya, suatu negara yang menyelenggarakan pemilihan umum dengan sistem proporsional yang mempunyai 30 kursi di parlemen untuk diperebutkan dalam suatu pemilihan umum. Pertama dibagikan dulu 30 kursi tersebut kepada daerah-daerah pemilihan misalnya, 4 daerah pemilihan. Dengan pertimbangan-pertimbangan wilayah, jumlah penduduk dan sebagainya, maka ditentukan daerah pemilih A dibagikan 10 kursi, daerah pemilih B-7 kursi, daerah pemilih C-7 kursi dan daerah pemilih D-6 kursi. Kursi daerah pemilihan A yang jumlahnya 10 dibagikan kepada partai/organisasi politik peserta Pemilihan Umum sesuai dengan imbangan suara yang diperoleh partai/organisasi politik tersebut, dalam pemilihan yang bersangkutan. Dalam perhitunagn nanti yang menentukan jumlah kursi yang diperoleh masing-masing partai/organisasi peserta pemilu adalah Bilangan Pembagi Pemilih. Sisa suara yang mungkin ada di suatu daerah pemilihan tidak lagi dapat dipindahkan ke daerah pemilihan yang lain.[312]

6. Sistem Semi-Proporsional

Sistem semi proporsioanal merupakan sistem yang mengonversi suara menjadi kursi dengan hasil yang berada di antara proporsionalitas sistem Perwakilan Proporsional dengan mayoritas dari sistem mayoritas pluralitas. Dalam sistem ini, partai politik yang tidak mendapat dukungan suara yang terbanyak masih dapat memperoleh perwakilan. Namun sistem ini tidak dirancang untuk memberikan alokasi perwakilan sesuai dengan persentase suara yang diperoleh partai politik seperti sistem Representasi Proporsional. Tiga macam sistem pemilu dalam kelompok ini yang digunakan untuk pemilihan para anggota legislatif adalah

312 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Op.Cit., hal. 334-335

Single Non-Transferable Vote (SNTV), sistem Paralel (campuran), dan *Limited Vote* (LV).[313]

7. Bentuk Campuran

Bentuk campuran adalah menggabungkan antara pemilu sistem distrik dalam distrik pemilihan langsung dengan pemilu sistem proporinal yang menggunakan daftar calon. Terlepas dari variasi-variasi yang ada, bagi para pendukungnya sistem campuran dianggap dapat menjadi resep untuk mengobati kelemahan-kelemahan yang terdapat dalam sistem distrik maupun proporsional. Dengan melaksanakan campuran, persoalan keseimbangan (disproporsionalitas) antara perolehan suara dengan perolehan kursi yang menjadi kelemahan utama dari sistem distrik dapat dikurangi. Pada saat yang sama, kurangnya tanggung jawab dari para anggota parlemen terhadap konstituensinya yang merupakan kelemahan utama dari sistem proporsional juga dapat ditutupi.

Meskipun demikian, bagi para pengritiknya, sistem campuran ini juga dianggap mengandung kelemahan, yaitu: *Tidak ada keharusan untuk melakukan pemilihan tambahan* (*by election*). Seperti kasus Jerman, politisi yang mengundurkan diri secara otomatis digantikan oleh calon yang telah ada dalam daftar nama berdasarkan nomor urut yang diajukan partai ketika pemilihan, tetapi calon yang terpilih melalui mekanisme distrik dengan yang terpilih melalui mekanisme distrik dengan yang terpilih melalui mekanisme proporsional. Tidak ada ketentuan yang melarang bahwa seorang calon yang mengikuti mekanisme distrik tidak lagi dapat mencalonkan diri melalui mekanisme proporsional. Karena itu, ada kecemasan juga bahwa sistem campuran ini bukan menutupi, tetapi hanya menggabungkan kelemahan-kelemahan yang ada baik itu dalam sistem distrik maupun yang ada dalam sistem proporsional.[314]

Sebagaimana sistem pemilihan umum yang telah dijelaskan di atas, yakni sistem pemilihan umum yang berkaitan dengan

313 Lihat, http://www.cetro.or.id/mpr/sistempemilu.pdf, download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014, http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf, "Sistem Pemilu," download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014.

314 Paimin Napitupulu, Peran dan Pertanggungjawaban DPR Kajian di DPRD Provinsi DKI Jakarta, Bandung: PT Alumni, 2005. hal. 96

sistem pemilihan umum dalam konteks sistem pemilihan umum anggota DPR, DPRD, dan DPD atau dengan kata lain sistem pemilu untuk pemilihan umum legislatif *an sich*. Oleh karena itu, menurut penulis, bahwa sangat urgen dan *urge* untuk menjelaskan sistem pemilihan presiden secara untuk mengantarkan pembaca mengenal sistem pemilihan presiden secara langsung dan sekaligus memperkaya khazanah pengetahuan mengenai sistem pemilihan umum. Adapun elemen Penting Sistem Pemilu Presiden Secara Langsung menurut Leo Agustino, dalam kerangka sistem pemilihan presiden secara langsung terkandung makna substansi penting di antaranya adalah:

1) Penciptaan ekuilibrium (keseimbangan) legitimasi sekaligus *check and balances* antara lembaga legislatif dan lembaga eksekutif.
2) Pertanggungjawaban presiden terpilih secara langsung kepada konstituen pemilihannya (*direct responsible to the people*) yang diharapkan mampu menciptakan kondisi yang diperlukan untuk pemerintahan yang *legitimate*.
3) Penyelenggaraan pemerintahan yang stabil karena kontrol dan legitimasi.[315]

Adapun bentuk-bentuk sistem pemilihan presiden secara langsung yang secara umum kita mengenal dua istilah yang sering dipakai oleh negara-negara pemeluk pemilihan presiden secara langsung. Yakni:

1) *Electoral collage* adalah suatu cara pemilihan kandidat presiden dengan mekanisme suara terbanyak pada tingkat perwakilan berdasar provinsi atau wilayah yang kemudian di bawah ke tingkat nasional untuk digabungkan.
2) *Direct popular vote* adalah pemilihan presiden berdasar pada suara terbanyak dari pemilih pada tingkat nasional.

Secara pokok *electoral collage* dan *direct popular vote* merupakan sistem utama dalam pemilihan presiden secara langsung. Dan, dari kedua istilah tersebut kini telah dikembangkan setidaknya berbagai macam mengenai sistem pemilihan presiden secara langsung yakni:

315 Leo Agustino, Op.cit., hal. 249

1) *Sistem distribusi teritorial*. Sistem ini disebut juga dengan distribusi *requiments systems*. Sistem ini tidak saja mengakomodasikan syarat jumlah penduduk tetapi juga syarat penyebaran penduduk. Maksudnya, model ini sangat bermanfaat manakala tingkat kemajemukan etnis relatif tinggi sehingga diperkirakan sistem ini memberikan legitimasi yang lebih menyeluruh bagi setiap kandidat. Salah satu cara untuk menjamin dukungan lintas kelompok sacara luas pada kalangan pemilih adalah dengan mengharuskan pada kandidat untuk tidak hanya memenangkan mayoritas prulal suara yang ada tetapi juga secara geografis harus memperoleh paling tidak sepertiga dari suara pada sedikit-dikitnya dua pertiga dari provinsi yang ada.

2) *Alternative vote*. Dalam sistem ini, masyarakat (pemilih) diminta untuk menomori kandidat ditunjuknya berdasarkan preferensi yang mereka ketahui, baik dari segi popularitas, kualitas, akseptabilitas, akuntabilitas, dan lain sebagainya. Kandidat yang akan terpilih maju ke tingkat nasional adalah kandidat yang mampu menunjukkan bahwa mayoritas absolut (50 persen + 1) masyarakat didistriknya atau daerahnya atau provinsinya dapat menerimanya. Baru setelah itu ia berangkat berjuang di tingkat nasional untuk menduduki kursi kepresidenan melalui berbagai cara, salah satu melalui debat antarkandidat. Setelah berjuang di tingkat nasional, ada berbagai jalan yang dapat dilaksanakan untuk memilih presiden yang ada ; diantaranya:
   - Dilakukan pemilihan presiden secara langsung sekali lagi oleh rakyat pemilih, dan pemenang suara terbanyak di tingkat nasional tersebut kemudian diangkat menjadi presiden.
   - Kandidat presiden yang ada di tingkat nasional dipilih oleh anggota parlemen.

3) *Sistem Dua Babak* (*Two Round System--TRS*). Sistem dua babak merupakan pengembangan dari sistem pemilihan *direct popular vote*. Sistem ini hampir mirip dengan *alternative vote*, di mana para kandidat presiden harus

menunjukkan kualitasnya dengan indikator tingkat penerimaan dirinya di atas separuh suara rakyat pemilih. Kalau pada ronde pertama tidak ada dukungan yang seperti diharapkan (minimal 50 persen suara), maka dua calon yang memiliki suara terbanyak dalam ronde pertama didaulat untuk memasuki babak selanjutnya. Jumlah suara minimun yang harus diperoleh para kandidat pada pemilihan pertama agar dapat ikut dalam pemilihan tahap kedua bervariasi di beberapa negara. Misalnya, di Nikaragua 40%, di Kosta Rika 45% dengan keharusan perbedaan sebanyak 10% di atas kandidat lain. Dan dalam babak kedua inilah biasanya calon presiden terpilih mendapatkan suara mayoritas absolut. Dalam sistem ini dilakukan melalui dua cara, yaitu:

- Memilih di antara dua kandidat teratas (*majority run-off*)
- Memilih lebih dari dua kandidat (*majority-plurality*)

4) *Sistem prefential voting*. Sistem ini pada dasarnya merupakan penyederhanaan dari apa yang dilakukan pada sistem dua babak (TRS), di mana dua putaran yang seharusnya dimainkan dalam *two round system* pada sistem ini hanya dilaksanakan satu kali putaran. Penyederhanaan sistem ini dimaksudkan untuk mengeliminasi kekurangan mendasar dalam sistem dua babak, yaitu dengan menggabungkan pemilihan putaran pertama dengan putaran kedua pada satu waktu pemilihan, di samping juga mereduksi biaya-biaya yang tidak perlu.

Menurut mekanisme pemilihan presiden langsung dengan sistem ini, para pemilih diminta untuk memberikan suara tidak hanya pada satu kandidat, akan tetapi (jika mereka bersedia) dapat juga memilih sampai kurang lebih tiga kandidat sekaligus —dengan mendasarkan preferensinya masing-masing —dengan cara memberikan nomor urut pada kandidat yang mereka jagokan. Nomor urut pertama tentunya yang paling dijagokan, dan nomor urut berikutnya (2 dan 3) dijagokan sesuai metode pengurutan nomor interval. Dan, jika salah satu dari kandidat memperoleh

mayoritas suara —tidak perlu absolut pada saat pemilihan umum, maka kandidat yang bersangkutan dengan segera berangkat menjadi presiden. Tetapi apabila tidak ada seorang kandidat memperoleh mayoritas absolut, maka semua kandidat kecuali dua kandidat teratas- ditiadakan, dan kemudian pilihan kedua dan ketiga mereka akan diserahkan pada salah satu atau kedua kandidat yang memimpin, sesuai dengan urutan daftar pilihannya. Kandidat yang memperoleh suara terbanyak akan dinyatakan terpilih pada saat akhir dari proses ini.

1) *First Past the Post* (FPTP). Sebuah sistem pemilihan yang paling sederhana di antara semua varian yang telah dipaparkan di atas. Dalam sistem ini, masyarakat dipersilahkan untuk menunjuk kandidatnya masing-masing, dan kandidat yang memperoleh suara terbanyak-juga tidak perlu mayoritas absolut (atau pun persentasenya)-otomatis diangkat menjadi wakil terpilih. Hal ini sama dengan pemilihan umum model distrik karena memang diadopsi dari sistem tersebut.
2) *Sistem Nigeria*. Di Negeria, seorang kandidat presiden dinyatakan sebagai pemenang apabila kandidat tersebut dapat meraih suara mayoritas sederhana (mayoritas absolut atau 50 % + 1) dan minimun 25 % dari sedikitnya 2/3 dari 36 negara bagian di Negeria (termasuk ibu kota Negeria). Sistem ini diterapkan untuk menjamin bahwa Presiden terpilih memperoleh dukungan dari mayoritas penduduk yang tersebar di 36 negara bagian tersebut. Presiden Obsanjo memenangkan pemilu tahun 1999 dengan sistem ini dan memperoleh 63% suara dari keseluruhan pemilih.
3) *Double Simultaneous Vote* (DSV), di mana calon yang menang adalah calon yang mendapat suara paling banyak dalam partai yang paling banyak dipilih. Fraksi-fraksi (sublemas) akan mengajukan calon presiden yang berbeda, dan Undang-Undang Pemilu yang berlaku menciptakan sebuah pemilihan dari dalam partai untuk presiden secara langsung yang dilaksanakan bersamaan waktunya dengan pemilihan umum. Pemilu yang demikian juga menjamin

representasi proporsional baik untuk lema maupun sublema di Kongres. Selama puluhan tahun Undang-Undang Pemilu memperkuat keseimbangan yang menarik antara pemerintahan yang didukung oleh sebuah sistem dua partai dan fleksibilitas yang didukung oleh ukuran fraksi yang berbeda-beda dalam partai tersebut dan pergantian yang terjadi di dalamnya.[316]

3. Penyelenggara Pemilu

Ketentuan mengenai Pemilu dan Penyelenggara Pemilu diatur dalam Pasal 22E UUD NRI Tahun 1945, yang berbunyi sebagai berikut: (1) pemilihan umum dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan

316 Dalam distribusi teritorial dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu:(1) Sistem Distribusi Satu babak, kandidat calon presiden harus memenagkan suara di provinsinya atau di distriknya masing-masing dengan perolehan suara terbanyak. Hanya satu kandidat yang diambil(the first past the post) dengan suara di tingkat provinsi dan distrik lain, bila suara salah satu kandidat mencakup lebih atau sama dengan 30-35 persen dari jumlah provinsi atau distrik yang telah disiapkan, maka secara langsung si kandidat diangkat menjadi presiden. Apabila ternyata dari beberapa kandidat yang memenagkan perolehan suara di tingkat provinsi atau distrik ternyata tidak memenuhi persyaratan mengenai jumlah suara di tingkat nasional sebesar 30-35 persen suara, maka sistem dua babak dijadikan alternatif kedua. (2) Sistem distribusi teritorial dua babak, ada dua varian alternatif yang bisa dijabarkan dari sistem distribusi teritorial dua babak ini: (i)Pemilihan Presiden melalui "tangan" parlemen, maksudnya kandidat calon presiden diberikan kesempatan untuk mempersentasikan program-program kerjanya di depan anggota parlemen terpilih, setelah itu anggota parlemenlah yang diberikan kewenangan untuk memilih calon Presiden bagi periode mendatang. Pemilihan presiden tersebut harus memenangkan suara secara mayoritas mutlak (50%+1 suara) bila kuota tersebut tidak terpenuhi maka dilakukan sistem kompetisi hingga di dapat suara mayoritas mutlak. (ii)Pemilihan melalui pemilihan umum ulang dengan nama-nama kandidat yang telah ditetapkan berdasarkan perolehan suara sebelumnya. Uruguay merupakan sebuah kasus yang bagus yang dapat dijadikan sebagai contoh dalam penggunaan sistem (DSV) tersebut. Meskipun demikian, pada akhir tahun 1960, dominasi sistem dua partai tersebut mulai menurun karena ada lema ketiga, Broad Front, yang berhasil memenangkan persentase yang semakin besar, sebuah kecenderungan yang terus berlangsung sesudah kembalinya demokrasi pada tahun 1984. Salah satu efek negatif dalam perubahan sistem partai politik adalah bahwa dalam dua kesempatan yang terjadi calon presiden yang mendapatkan paling banyak suara tidak memenangkan kursi kepresidenan dikarenakan ia bukan merupakan calon dari partai yang dipilih paling banyak. Menanggapi banyaknya pertanyaan tentang legitimasi hasil-hasil pemilu, kongres mengubah sistem pemilu pada tahun 1966 yang melarang partai-partai politik untuk mengajukan lebih dari satu calon presiden dan melaksanakan pemilihan presiden secara langsung, kalau perlu dengan pemilihan presiden tahap kedua (majority run-off). Diolah dari berbagai sumber. Lihat, Leo Agustino, ""Pemilihan Presiden Secara Langsung untuk Indonesia", dalam Analisis CSIS, Di Ambang Krisis Konstitusi?, Jakarta, Tahun 2002 No.2, hal.251-253, http://www.cetro.or.id/pustaka/pp14.html, "Sistem Pemilu," download Pkl. 17.45 WIB, Tgl 18 Februari 2014, http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf, "Sistem Pemilu," download Pkl 17.55 WIB, Tgl 18 Februari 2014, dan lihat Triwahyuningsih, Pemilihan Presiden Langsung Dalam Kerangka Negara Demokrasi Indonesia, Tiara Wacana Yogya, Yogyakarta, 2001, hal 132-133, Satyo Arinanto, "Pemilihan Presiden Secara Langsung: Beberapa Catatan," dalam Analisis CSIS, Isu-isu Strategis Internasional dan Domestik, Jakarta, Tahun 1997 No.2, hal.158.

adil setiap lima tahun sekali. (2) pemilihan umum diselenggarakan untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan Wakil Presiden, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. (3) peserta pemilihan umum untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah adalah partai politik. (4) peserta pemilihan umum untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Daerah adalah perseorangan. (5) pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. (6) ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang.

Berkenaan dengan pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri, bahwa awal mula konsepsi tentang penyelenggara pemilu yakni Komisi Pemilihan Umum (KPU).[317] Komisi Pemilihan Umum (KPU) tidak dapat disejajarkan kedudukannya dengan lembaga-lembaga (tinggi) negara lain yang kewenangannya ditentukan dan diberikan oleh UUD 1945. Bahkan, nama Komisi Pemilihan Umum itu sendiri tidak ditentukan oleh UUD 1945 melainkan oleh undang-undang tentang Pemilu. Kedudukan KPU sebagai lembaga negara dapat dianggap sejajar dengan lembaga-lembaga lain yang dibentuk oleh atau dengan undang-undang.[318]

Akan tetapi, karena keberadaan lembaga penyelenggara pemilihan umum disebut tegas dalam Pasal 22E UUD 1945, kedudukannya sebagai penyelenggara pemilu yang bersifat nasional, tetap dan mandiri, mau tidak mau menjadi penting artinya, dan keberadaannya dijamin dan dilindungi secara konstitusional dalam UUD 1945. Inilah salah satu contoh lembaga negara yang dikatakan penting secara konstitusional atau lembaga negara yang memiliki apa yang disebut sebagai *constitutional importance*, terlepas dari apakah ia diatur eskplisit atau tidak dalam UUD.[319]

Komisi Pemilihan Umum adalah nama yang diberikan oleh Undang-Undang tentang Pemilu untuk lembaga penyelenggara Pemilu. Dalam Pasal 22E UUD 1945 sendiri, nama lembaga penyelenggara Pemilu tidak diharuskan bernama Komisi Pemilihan Umum. Itu sebabnya dalam rumusan Pasal 22E UUD 1945 itu, perkataan Komisi Pemilihan Umum

317 Lihat Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 Tentang Penyelenggara Pemilu dan telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu.

318 Jimly Asshiddiqie, Op.cit., hal. 200-201.

319 Ibid.

ditulis huruf kecil. Artinya, komisi pemilihan umum yang disebut dalam Pasal 22E itu bukan nama, melainkan perkataan umum untuk menyebut lembaga penyelenggara pemilu itu. Dengan demikian, sebenarnya, Undang-Undang dapat saja memberi nama lembaga penyelenggara pemilu itu dengan sebutan lain.[320]

Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi melalui penafsirannya menyatakan bahwa untuk fungsi penyelenggaraan pemilihan umum tidak hanya dilaksanakan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU), akan tetapi termasuk juga lembaga pengawas pemilihan umum dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Pengertian ini lebih memenuhi ketentuan UUD 1945 yang mengamanatkan adanya penyelenggara pemilihan umum yang bersifat mandiri untuk dapat terlaksananya pemilihan umum yang memenuhi prinsip-prinsip luber dan jurdil. Penyelenggaraan pemilihan umum tanpa pengawasan oleh lembaga independen, akan mengancam prinsip-prinsip luber dan jurdil dalam pelaksanaan Pemilu. Oleh karena itu, menurut Mahkamah, Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagaimana diatur dalam Bab IV Pasal 70 sampai dengan Pasal 109 Undang-Undang 22/2007, harus diartikan sebagai lembaga penyelenggara Pemilu yang bertugas melakukan pengawasan pelaksanaan pemilihan umum, sehingga fungsi penyelenggaraan Pemilu dilakukan oleh unsur penyelenggara, dalam hal ini Komisi Pemilihan Umum (KPU), dan unsur pengawas Pemilu, dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu). Bahkan, Dewan Kehormatan yang mengawasi perilaku penyelenggara Pemilu pun harus diartikan sebagai lembaga yang merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum. Dengan demikian, jaminan kemandirian penyelenggara pemilu menjadi nyata dan jelas.[321]

Konsekuensi logis dari hal tersebut menurut penulis, bahwa determinan mengenai predestinasi Calon Presiden dan Wakil Presiden,

320 Ibid.

321 Lihat Penafsiran atau Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi dalam PUTUSAN Nomor 11/PUU-VIII/2010 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dan PUTUSAN Nomor 81/PUU-IX/2011 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pengujian Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Calon Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Calon Gubernur dan Wakil Gubernur, dan Calon Bupati dan Wakil Bupati adalah penyelenggara pemilu.

4. Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum

Salah satu syarat pokok demokrasi adalah adanya sistem pemilihan umum (pemilu) yang jujur dan adil (*free and fair elections*). Pemilu jujur dan adil dapat dicapai apabila tersedia perangkat hukum yang mengatur proses pelaksanaan pemilu; sekaligus melindungi para penyelenggara, kandidat, pemilih, pemantau, dan warga negara pada umumnya dari ketakutan, intimidasi, kekerasan, penyuapan, penipuan, dan berbagai praktik curang lainnya yang akan mempengaruhi hasil pemilu.

Seusai dengan dinamika politik yang melingkupinya, peraturan perundang-undangan pemilu di Indonesia mulai dari Pemilu 1955, pemilu-pemilu Orde Baru, Pemilu 1999, hingga Pemilu 2004, serta Pilkada 2005+ mengalami perubahan yang kian kompleks dalam mengatur berbagai macam kegiatan pemilu. Demikian juga dalam hal melindungi berbagai pihak yang terlibat dalam pemilu dari ketakutan, intimidasi, kekerasan, penyuapan, penipuan, dan berbagai praktik curang lainnya, peraturan perundang-undangan pemilu kian rinci mengaturnya.

Meskipun demikian, setiap kali pemilu dilaksanakan selalu saja muncul isu tentang lemahnya penegakan hukum pemilu. Isu ini berangkat dari kenyataan betapa banyak pelanggaran administrasi dan tindak pidana pemilu yang tidak ditangani sampai tuntas. Selain itu, peraturan perundangan-undangan yang ada juga belum mengatur tentang keberatan atas keputusan penyelenggara pemilu.

Memang Mahkamah Konstitusi punya kewenangan untuk menyelesaikan perselisihan hasil pemilu (yang ditetapkan penyelenggara pemilu, dalam hal ini KPU), tetapi bagaimana dengan keberatan atas masalah lain (di luar hasil pemilu) yang juga diputuskan oleh penyelenggara pemilu? Banyaknya kasus pelanggaran administrasi pemilu dan tindak pidana pemilu, serta banyaknya kasus keberatan atas keputusan penyelenggara pemilu; di satu sisi, mendorong munculnya protes-protes yang bisa berujung kekerasan, di sisi lain, juga mengurangi legitimasi hasil pemilu. Untuk mengatasi masalah-masalah penegakan hukum pemilu tersebut, materi peraturan perundang-undangan pemilu

harus dilengkapi, diperjelas, dan dipertegas. Yang tak kalah penting adalah memperkuat lembaga-lembaga penegak hukum pemilu agar mampu bekerja secara efektif.[322]

Berbagai fakta hukum yang terungkap dalam proses ajudikasi, dan berbagai terobosan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam memutus perselisihan hasil pemilu menjadi pertanda bahwa proses demokratisasi di Indonesia terus berkembang, dan dengan adanya lembaga yang bertugas menyelesaikan perselisihan hasil pemilu masyarakat semakin dituntut untuk lebih cerdas dalam berdemokrasi, dan menyikapi perselisihan pemilu. Meningkatnya kesadaran berdemokrasi akan meningkatkan pula jumlah sengketa/perselisihan hasil pemilu yang diajukan kepada lembaga adjudikasi pemilu. Integritas hasil pemilu bukan hanya dilihat dari tahapan-tahapan yang dilakukan penyelenggara pemilu, tetapi juga dari penyelesaian sengketanya pada lembaga ajudikasi pemilu, baik mekanisme maupun prosesnya. Faktor keberhasilan atau pencapaian kualitas yang terdapat dalam sebuah pemilu ditentukan dengan adanya mekanisme peradilan yang baik dan benar terhadap hasil pemilu. Mekanisme tersebut juga harus menjadi pemutus dalam setiap perbedaan pendapat tentang hasil pemilu agar tidak terjadi berbagai konflik politik-sosial secara horizontal di tengah warga yang dapat meletup misalnya dalam bentuk aksi unjuk rasa yang anarkis.[323]

Sejarah politik Indonesia kontemporer mencatat, setiap kali pemilihan umum (pemilu) dilaksanakan, selalu saja muncul protes-protes yang meragukan proses maupun hasil pemilu. Hal ini tidak hanya terjadi pada pemilu-pemilu pada masa Orde Baru, tetapi juga Pemilu 1999 serta Pemilu Legislatif 2004 dan Pemilu Presiden 2004. Bahkan Pemilu 1955 yang dikenal sebagai pemilu paling bersih pun tak sepi dari protes. Pelaksanaan pemilihan langsung kepala daerah (pilkada) sepanjang 2005 semakin menambah panjang daftar protes ketidakpuasan terhadap pemilu. Munculnya protes-protes ketidakpuasan terhadap proses maupun hasil pemilu itu, di satu sisi, disebabkan banyaknya pelanggaran terhadap peraturan pemilu yang tidak diselesaikan secara tuntas; di sisi lain, disebabkan perasaan diperlakukan tidak adil oleh penyelenggara pemilu.

322 Aswanto dalam Topo Santoso, et. al., Op.cit., hal. v.

323 Achmad Sodiki dalam Chad Vickery, ed., Pedoman Untuk Memahami, Menamgani, dan Menyelesaikan Sengketa Pemilu, diterjemahkan oleh Ay San Harjono (Washington: IFES, 2006), hal. ii.

Pada Pemilu 1955, Panitia Pemilihan Indonesia dituduh partai partai oposisi sengaja mengulur-ulur pembentukan panitia pelaksana pemilu di daerah dalam rangka memasukkan orang-orang yang bisa menguntungkan partai-partai pemerintah. Dengan kata lain, partai partai oposisi menuduh panitia pelaksana pemilu di daerah hasil bentukan Panitia Pemilihan Indonesia tidak independen. Selama Orde Baru, pemilu didesain untuk memenangkan partai pemerintah sehingga pelanggaran-pelanggaran terhadap peraturan sangat marak. Sejak Pemilu 1982 dibentuk Panwaslak Pemilu, namun fungsi sesungguhnya adalah untuk meredam ketidakpuasan atas terjadinya pelanggaran, bukan untuk menyelesaikan pelanggaran itu sendiri. Sementara hasil Pemilu 1999 nyaris tidak bisa disahkan karena sebagian besar anggota Komisi Pemilihan Umum (KPU) yang berasal dari partai politik menolak menandatangani hasil penghitungan suara nasional. Alasannya, dalam pelaksanaan pemilu terjadi banyak sekali pelanggaran sehingga hasilnya tidak bisa disahkan. Alasan serupa juga dilakukan sejumlah partai dalam menyikapi hasil Pemilu Legislatif 2004. Bahkan mereka menuntut dilakukannya pemilu ulang meski undang-undang tidak mengaturnya.

Sementara sepanjang Pemilu Presiden 2004, Abdurrahman Wahid (beserta massa pendukungnya) terus melancarkan protes setelah namanya tidak dimasukkan oleh KPU dalam daftar calon presiden. Terakhir, pelaksanaan Pilkada 2005 banyak diwarnai protes dan bahkan rusuh. Di berbagai daerah, massa pendukung pasangan calon yang kalah melancarkan aksi-aksi anarkis karena merasa dicurangi oleh peserta lain maupun oleh penyelenggara. Protes-protes ketidakpuasan atas proses dan hasil pemilu yang dilatari oleh banyaknya pelanggaran yang tidak bisa diselesaikan, serta perasaan telah diperlakukan tidak adil oleh penyelenggara tersebut, menunjukkan adanya masalah penegakan hukum dalam setiap penyelenggaraan pemilu.[324]

Apabila tidak segera di atasi, di satu sisi, hal itu akan terus menimbulkan protes dari pihak-pihak yang merasa dilanggar hak konstitusionalnya, dicurangi, atau diperlakukan tidak adil; di sisi lain, protes-protes yang muncul pada akhirnya bisa mendelegitimasi hasil pemilu. Dalam usaha mewujudkan pemilu yang jujur dan adil dan juga dalam rangka menghindari terjadinya delegitimasi pemilu di masa

324 Santoso, Op.cit., hal. 3-5.

depan, masalah-masalah penegakan hukum pemilu itu harus diselesaikan secara komprehensif. Langkah pertama yang perlu dilakukan adalah mengidentifikasi sebab-sebab munculnya masalah penegakan hukum; selanjutnya dicarikan solusi komprehensif untuk mengatasi masalah tersebut sehingga akhirnya terwujud suatu sistem penegakan hukum pemilu yang mampu menjamin penyelenggaraan pemilu yang jujur dan adil.

Standar pemilu demokratis internasional menyatakan bahwa pemilu jujur dan adil (*free and fair elections*) dapat dicapai apabila tersedia perangkat hukum yang mengatur semua proses pelaksanaan pemilu; sekaligus mampu melindungi para penyelenggara, peserta, kandidat, pemilih, pemantau, dan warga negara pada umumnya dari ketakutan, intimidasi, kekerasan, penyuapan, penipuan, dan berbagai praktik curang lainnya yang akan mempengaruhi hasil pemilu. Oleh karena itu, pemilu yang jujur dan adil membutuhkan peraturan perundangan pemilu beserta aparat yang bertugas menegakkan peraturan perundangan pemilu tersebut.

5. Perselisihan Hasil Pemilu

Yang dimaksud dengan perselisihan hasil pemilu menurut pasal 258 Undang-Undang Pemilu adalah perselisihan antara KPU dan peserta pemilu mengenai penetapan jumlah perolehan suara hasil pemilu secara nasional. Perselisihan tentang hasil suara sebagaimana dimaksud hanya terhadap perbedaan penghitungan perolehan hasil suara yang dapat memengaruhi perolehan kursi peserta pemilu. Sesuai dengan amanat Konstitusi yang dijabarkan dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, maka perselisihan mengenai hasil perolehan suara diselesaikan melalui peradilan konstitusi di MK. Satu jenis pelanggaran yang menurut Undang-Undang No. 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu yang menjadi kewenangan Panwaslu Kabupaten/ Kota untuk menyelesaikannya adalah pelanggaran pemilu yang bersifat sengketa. Sengketa adalah perbenturan dua kepentingan, kepentingan dan kewajiban hukum, atau antara kewajiban hukum dengan kewajiban hukum (konflik) yang dalam konteks pemilu dapat terjadi antara peserta dengan penyelenggara maupun antara peserta dengan peserta. Pada

pemilu 2004, tata cara penyelesaian terhadap jenis pelanggaran ini diatur dalam satu pasal tersendiri (pasal 129 Undang-Undang 12/2003).[325]

Menurut laporan Panwaslu Pusat, setidaknya terdapat 4.290 kasus pelanggaran dalam Pemilu 1999, mulai dari pelanggaran administratif, pelanggaran tata cara, pelanggaran pidana, *money politics*, dan netralitas birokrasi/pejabat pemerintah. Namun, jika diperhatikan laporan pemantau dan pemberitaan media massa; kasus-kasus kecurangan, penyimpangan, dan pelanggaran yang terjadi pada Pemilu 1999 jauh lebih banyak daripada yang dilaporkan oleh Panwas Pemilu.

Laporan Panwaslu Pusat untuk Pemilu 1999 sendiri memperlihatkan, lembaga tersebut hanya mampu menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran yang bersifat administratif dan pelanggaran yang menyangkut tata cara penyelenggaraan pemilu; sedangkan kasus-kasus yang bersifat pidana pemilu, termasuk di dalamnya *money politics*, tidak bisa ditangani dengan baik. Dari 270 kasus yang dilimpahkan ke polisi, hanya 26 yang diproses sampai di pengadilan. Sampai Panwaslu 1999 dibubarkan, tidak ada satu pun kasus *money politics* yang diproses sampai pengadilan, meskipun waktu itu indikasi *money politics* sangat kuat dan menjadi perbincangan publik.

Panwas Pemilu 1999 mengategorikan jenis-jenis penyimpangan peraturan Pemilu berdasarkan institusi yang menyelesaikannya. Pertama, peraturan administratif dan tata cara pelaksanaan pemilu ditegakkan oleh Panwas Pemilu sesuai dengan tingkatannya. Kedua, ketentuan pidana pemilu yang dilanggar oleh perorangan atau badan hukum bukan partai politik ditegakkan oleh polisi. Ketiga, ketentuan pidana pemilu yang dilanggar oleh partai politik ditegakkan oleh Mahkamah Agung. Keempat, ketentuan tentang netralitas PNS ditegakkan oleh pemerintah. Pasal 26 Undang-Undang No. 3/1999 menyebutkan bahwa salah satu tugas Panwas Pemilu 1999 adalah menyelesaikan sengketa. Akan tetapi dalam laporannya, Panwas Pemilu 1999 tidak menyebutkan adanya kasus-kasus sengketa pemilu. Apakah ini berarti tidak ada kasus sengketa dalam pelaksanaan Pemilu 1999?

Jika diteliti satu per satu kasus yang ditangani oleh Panwas Pemilu 1999, sebetulnya memang tidak ada kasus sengketa pemilu. Apa yang disebut dengan kasus sengketa ketika itu sesungguhnya merupakan

325 Maria Maya Lestari, Penyelesaian Sengketa Pemilu Legislatif Berdasarkan Jenis Pelanggarannya, dalam Jurnal Konstitusi Universitas Riau Vol 2, No 01, 2008.

pelanggaran administrasi atau pelanggaran tata cara. Sebagai contoh, pada masa kampanye Pemilu 1999 banyak sekali kasus rebutan lokasi kampanye di kalangan peserta pemilu –yang oleh banyak pihak disebut sebagai sengketa pemilu. Namun setelah diteliti, sesungguhnya kejadian itu merupakan pelanggaran administrasi atau tata cara karena panitia pemilihan sudah menetapkan alokasi penggunaan lokasi kampanye. Keributan terjadi karena ada konstestan yang tidak mengetahui alokasi penggunaan lokasi kampanye yang telah ditetapkan oleh panitia pemilihan atau ada konstentan tertentu yang sengaja mengabaikannya. Oleh karena itu, Panwas Pemilu 1999 menyebutkannya sebagai pelanggaran administrasi atau tata cara pemilu, tidak menyebutnya sebagai kasus sengketa dalam pelaksanaan pemilu. Yang menjadi masalah besar dari Undang-Undang No. 3/1999 adalah tidak adanya ketentuan yang mengatur mekanisme keberatan peserta pemilu atas hasil pemilu yang diumumkan oleh penyelenggara pemilu atau KPU. Undang-undang ini mengandaikan bahwa hasil pemilu yang ditetapkan oleh KPU sudah benar sehingga tidak bisa diganggu gugat oleh siapa pun. Ketentuan demikian menunjukkan bahwa Undang-Undang No. 3/1999 masih terpengaruh oleh undang-undang pemilu Orde Baru yang menempatkan LPU sebagai lembaga penentu segalanya, keputusannya tidak bisa dikoreksi oleh mereka yang merasa diperlakuka dan tidak adil atas keputusan tersebut. Undang-Undang No. 3/1999 juga tidak mengatur mekanisme bagaimana seandainya penyelenggara pemilu tidak berhasil membuat keputusan tentang hasil pemilu. Ketentuan ini penting, mengingat saat itu anggota KPU adalah wakil-wakil partai dan pemerintah yang sangat mungkin membajak hasil pemilu karena kalah bersaing memperebutkan suara atau karena pertimbangan lain. Inilah yang menyebabkannyaris gagalnya Pemilu 1999 karena sebagian besar anggota KPU dari partai politik tidak tersedia menandatangani hasil penghitungan suara secara nasional, dengan alasan telah terjadi banyak pelanggaran dan kecurangan dalam pelaksanaan pemilu.

Proses pencalonan, kampanye, pemungutan dan penghitungan suara sesungguhnya telah berlangsung damai, tertib, lancar, dan demokratis. Memang benar banyak pelanggaran dalam Pemilu 1999, namun pelanggaran yang terjadi masih dalam batas toleransi sehingga tidak berpengaruh terhadap hasil penghitungan suara nasional. Meskipun

demikian, tidak tuntasnya penyelesaian pelanggaran akhirnya memberikan peluang kepada banyak pihak untuk terus mempersoalkan hasil pemilu. Peluang inilah yang mestinya harus ditutup sehingga ketika hasil akhir diumumkan, semua pihak bisa menerima dengan lapang dada karena pelanggaran-pelanggaran telah diselesaikan dan keberatan-keberatan telah dijawab. Perubahan Ketiga UUD 1945 yang disahkan pada SUMPR November 2001 memuat dua ketentuan penting yang terkait pemilu. Pertama, konstitusi menetapkan bahwa pemilu diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Itu artinya KPU adalah lembaga yang mandiri dan diisi oleh unsur-unsur independen. Kedua, konstitusi mengamanatkan pembentukan badan peradilan baru yang bernama Mahkamah Konstitusi, yang salah satu tugasnya adalah memutus perselisihan tentang hasil pemilu. Kedua ketentuan tersebut melandasi penyusunan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Undang-Undang No.12/2003) dan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Undang-Undang No. 23/2003). Kedua undang-undang tersebut menyebut masalah-masalah pemilu meliputi pelanggaran pidana, pelanggaran administrasi, sengketa yang timbul dalam penyelenggaraan pemilu, dan perselisihan tentang hasil pemilu. Undang-Undang No. 12/2003 dan Undang-Undang No. 23/2003 memuat sejumlah pasal ketentuan pidana pemilu sehingga pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan itu disebut sebagai pelanggaran pidana pemilu. Namun, kedua undang-undang itu tidak mendefinisikan dan tidak memerinci apa yang disebut sebagai pelanggaran administrasi dan sengketa pemilu. Sedangkan pengertian tentang perselisihan hasil pemilu telah diatur secara rinci lewat Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Undang-Undang No. 24/2003). Penjelasan lebih lanjut tentang apa itu pelanggaran administrasi pemilu dan sengketa dalam penyelenggaraan pemilu kemudian dibuat oleh Panwas Pemilu sebagai lembaga yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk menangani pelanggaran dan menyelesaikan sengketa pemilu. Jika pelanggaran pidana pemilu adalah pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan pidana pemilu sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 12/2003 dan Undang-Undang No.

23/2003, Panwas Pemilu mendefinisikan pelanggaran administrasi adalah pelanggaran terhadap ketentuan persyaratan yang diatur dalam undang-undang dan ketentuan lain yang dibuat oleh penyelenggara pemilu. Pengertian ini sebetulnya hanya menegaskan bahwa pelanggaran di luar pelanggaran pidana adalah pelanggaran administrasi.[326]

Mengenai kepatuhan terhadap aturan dan penegakan hukum, terdapat sejumlah persyaratan yang menjadi dasar bagi pembangunan sistem penegakan hukum pemilu yang baik. Persyaratan itu adalah:

(1) Adanya mekanisme dan penyelesaian hukum yang efektif;
(2) Adanya aturan mengenai hukuman untuk pelanggaran pemilu;
(3) Adanya ketentuan terperinci dan memadai untuk melindungi hak pilih;
(4) Adanya hak bagi pemilih, kandidat, dan parpol untuk mengadu kepada lembaga penyelenggara pemilu atau lembaga pengadilan;
(5) Adanya keputusan untuk mencegah hilangnya hak pilih dari lembaga penyelenggara pemilu atau lembaga pengadilan;
(6) Adanya hak untuk banding;
(7) Adanya keputusan yang sesegera mungkin;
(8) Adanya aturan mengenai waktu yang dibutuhkan untuk memutuskan gugatan;
(9) Adanya kejelasan mengenai implikasi bagi pelanggaran aturan pemilu terhadap hasil pemilu,
(10) Adanya proses prosedur, dan penuntutan yang menghargai hak asasi manusia.

Di negara-negara lain, penyelesaian sengketa pemilu melalui pengadilan telah berlangsung cukup lama. Sebagai contoh di Inggris. Berkaitan dengan mekanisme keberatan pemilu, undang-undang yang diterapkan di Inggris memberikan panduan penting. Menurut *Part III of the Representative of the People Act* 1983, validitas pemilu parlemen dapat digugat oleh kandidat yang kalah dengan mengajukan petisi pemilu. Petisi ini untuk keperluan investigasi yang kemudian memvalidasi pemilu untuk anggota dewan apakah terdapat bentuk kecurangan atau alasan apa pun. Pengadilan pemilu terdiri atas dua hakim dari *the Queen's Bench Division*. Berdasarkan perkembangan sejarah, sengketa pemilu diselesaikan oleh *the House of Common* karena terkait permasalahan dan keistimewaannya

326 Santoso. Op.cit.,. hal. 45-51.

karena masalah ini berhubungan dengan keanggotaan. Penanganan bentuk masalah pemilu telah berjalan sebelum 1868.

Pada awalnya di Eropa dan benua Amerika, fungsi penyelesaian sengketa pemilu merupakan domain dari organ legislatif, melalui "*the electoral colleges*," kemudian terjadi reorientasi setelah melihat bahwa hal ini mestinya lebih tepat menjadi fungsi yudisial. Di beberapa negara, dikenal beberapa jenis lembaga penyelesai sengketa pemilu. Misalnya, di Amerika Latin, terdapat Pengadilan Pemilu (*Electoral Court/Corte Electoral*) seperti di Uruguay dan Tribunal Pemilu (*Tribunal for Qualifying Elections/Tribunal Calificador de Elecciones*) di Chile yang sudah didirikan sejak 1924 dan 1925. Di Eropa, fungsi ditangani oleh dua hakim dari "*the King's* (*Queen's*) *Bench Division of the High Court of Justice*". Di Austria, berdasarkan Konstitusi Weimar 1919, kewenangan menyelesaikan sengketa pemilu menjadi milik Mahkamah Konstitusi (*the Constitutional Court of Justice*). Di Perancis, kewenangan itu terletak di Dewan Konstitusi (the Constitutional Council) pada 1958. Di Spanyol, kewenangan itu terletak di Mahkamah Konstitusi yang hadir sejak 1978. Di Meksiko, terdapat Tribunal Pemilu (*the Electoral Tribunal of the Judicial Branch of the Federation*) yang sudah hadir sejak 1996.

Sementara, sebagai perbandingan di negara-negara kawasan Asia Tenggara, di Malaysia ada Pengadilan Pemilu (*Election Court*) yang memiliki kekuasaan untuk menyelesaikan gugatan hasil pemilu. Pengadilan Pemilu ini dibentuk di setiap *High Court* (di mana di Malaysia ada dua *High Court*) sehingga peserta pemilu di negara tersebut bisa mengajukan gugatan hasil pemilu jika merasa keputusan penyelenggara tidak benar. Namun hakim ini (seperti halnya di negara-negara lain) sama sekali tidak mengurusi pelanggaran pidana pemilu yang secara umum sudah ditangani oleh pengadilan biasa. Di Singapura, sengketa pemilu diselesaikan oleh *Election Judge* (Hakim Pemilu). Di Thailand konstitusi memberikan wewenang kepada Komisi Pemilu Thailand untuk mengusut kasus-kasus yang berhubungan dengan pemilu. Jika bentuk pelanggaran itu ditemukan, komisi dapat membatalkan sebuah pemilu. Komisi juga dapat menarik kembali hak para calon untuk ikut dalam pemilu. Hak para calon akan segera ditarik dan orang itu akan dituntut di bawah hukum acara pidana. Di Filipina ada kasus sengketa pemilu yang ditangani oleh Comelec, Pengadilan, dan ada yang ditangani oleh Tribunal Pemilu.

Sementara praktik di Afrika Selatan, untuk menjaga pemilu yang jujur dan adil, dibentuk pengadilan pemilu hanya untuk memeriksa banding. Pengadilan ini berwenang meninjau semua keputusan penyelenggara pemilu yang berkaitan dengan masalah-masalah pemilu. Tinjauan tersebut dilakukan dengan urgensi tinggi dan diputuskan sesingkat mungkin. Pengadilan ini dapat memeriksa semua tuduhan tindakan pelanggaran, ketidakmampuan atau ketidakcakapan anggota komisi, dan membuat rekomendasi kepada Majelis Nasional yang berwenang menunjuk anggota komisi. Sementara di Amerika Serikat, pelaksanaan undang-undang pemilu membedakan antara pelanggaran keuangan dan bentuk kesalahan lainnya.

Setiap kesalahan ditangani secara administratif oleh Komisi Pemilihan Federal, sedangkan pelanggaran yang bermotif pidana diusut oleh Departemen Kehakiman. Sekalipun demikian, patut diingat bahwa tidak ada metode tunggal yang bias cocok diterapkan di semua negara. Model mana yang akan dipilih tergantung pada tingkatan konsolidasi yang dapat diraih dalam proses demokratis. Pilihan suatu negara atas model penyelesaian sengketa pemilu, bukan berarti tanpa batasan, karena pilihan itu mesti konsisten dengan standar yang berlaku secara internasional.[327]

H. PEMBAHARUAN HUKUM TATA NEGARA

Salah satu substansi penting dari perubahan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disingkat UUD 1945) adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara baru yang berdiri sendiri dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003.[328]

Mahkamah Konstitusi sebagai pengadilan Konstitusi berdiri atas dasar asumsi adanya supremasi konstitusi yang menjadi hukum tertinggi yang melandasi kegiatan negara serta sebagai parameter untuk mencegah negara bertindak secara tidak konstitusional.

327 Sidik Pramono, et.al. Penanganan Sengketa Pemilu. (Jakarta: Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan, 2011).

328

Mahkamah Konstitusi memiliki peran strategis dalam membangun demokrasi dan sistem ketatanegaraan di Indonesia. Oleh karena itu, dalam rangka penyempurnaan reformasi konstitusional di Indonesia, keberadaan Mahkamah Konstitusi menjadi penting adanya sebagai salah satu pilar dari proses demokratisasi yang integral dan progresif.

Kelahiran Mahkamah Konstitusi tidak saja membuktikan bahwa Indonesia menganut kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka akan tetapi sekaligus merupakan penegasan terhadap prinsip negara hukum yang demokratis. Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan fungsinya sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) sesuai dengan ketentuan UUD 1945, memiliki empat kewenangan mengadili dan satu kewajiban, yaitu (1) melakukan pengujian atas konstitusionalitas Undang-Undang; (2) mengambil putusan atau sengketa kewenangan antarlembaga negara yang ditentukan menurut Undang-Undang Dasar; (3) memutuskan perkara berkenaan dengan pembubaran partai politik; (4) memutuskan perkara perselisihan mengenai hasil-hasil pemilihan umum. (5) mengambil putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum atau pun mengalami perubahan sehingga secara hukum tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden menjadi terbukti dan karena itu dapat dijadikan alasan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat untuk memberhentikan Presiden dan/atau Wakil Presiden dari jabatannya.

Mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana yang dijelaskan di atas, yang menjadi pertanyaan adalah, apakah betul mahkamah konstitusi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*)? Menurut penulis, sangat *debatable* dan bahkan dapat dikatan bahwa Mahkamah Konstitusi belum dapat digelarkan sebagai *the guardian of the constitution*. Argumentasinya, bahwa beberapa sarana hukum yang belum terinstitusionalisasikan di Mahkamah Konstitusi. Misalnya, sarana hukum *Constitutional Complaint*[329] (pengaduan konstitusional) dan

329 Penulis dengan tegas membedakan antara proses constitutional review dengan proses constitutional complaint. Penulismendefinisikan constitutional complaint sebagai permohonan yang diajukan oleh warga negara atau pemohon lainnya yang diberikan kepadanya kedudukan hukum oleh undang-undang dasar untuk mengajukan permohonan atas dilanggarnya hak-hak konstitusionalnya, baik dilanggar oleh undang-undang maupun oleh peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, atau pun tindakan aparatus pemerintahan serta dapat pula disebabkan oleh suatu putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dan dianggap bertentangan dengan konstitusi. Salah satu Mahkamah Konstitusi yang pertama kali menerapkan dan mengembangkan wewenang constitutional complaintadalah Mahkamah Konstitusi Federal

Constitutional Question[330]. Padahal beberapa kasus yang pernah terjadi di Indonesia sangat *urge* sarana hukum tersebut terinstitusionalisasikan di Mahakmah Konstitusi. Misalnya, pengujian Undang-Undang dengan alasan kerugian konstitusional yang diderita oleh pemohon karena sudah diadili dan bahkan dihukum berdasarkan ketentuan yang diragukan konstitusionalitasnya. Perkara pengujian KUHP yaitu Perkara Nomor 013-022/PUUIV/2006 yang diajukan oleh Eggi Sudjana dan Pandopatan Lubis, Perkara Nomor 6/PUU-V/2007 yang diajukan oleh Panji Utomo, Perkara Nomor 7/PUU-VII/2009 yang diajukan oleh Rizal Ramly. Perkara Nomor 14/PUU-VI/2008 yang diajukan oleh Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis. Semua pemohon dalam perkara-perkara tersebut telah diadili dan divonis bahkan telah menjalani hukuman sebelum mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi.

Contoh lain yang berkaitan dengan *Constitutional Question*, Misalnya, Kasus apin dan Vitalis Andi[331], dua warga masyarakat Adat

Jerman (Bundesverfassungsgerichts). Lihat, Pan M. Faiz, Menabur Benih Constitutional complaint, http://www.the celi.com. diakses pada 20 Februari 2014. Selain itu, Di sistem hukum eropa kontinental memperlakukan pengaduan konstitusional sebagai pengecualian dan sebagai instrumen hukum khusus. Ini sebagai alat, bahwa warga negara dapat menggunakan pengaduan konstitusional (constitutional compalint) setelah menggunakan semua sarana hukum untuk melindungi hak mereka. Sebagai contoh misalnya, di jerman dan kroasia pengaduan konstitusional sebagai prosedural khusus untuk memproteksi hak dan kemerdekaan yang dapat digunakan setelah semua prosedur hukum yang tersedia untuk warga negara sudah ditempuh. Professor Smilko Sokol, Ph.D., Professor Branko Smerdel Ph.D., "Constitutional Law", Informator, Zagreb, 1998, (p. 118-119). Lihat pula, Tanja Karakamisheva, Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study – Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia), Makalah. Hal. 3-4.http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf. di akses 5 Februari 2014. Untuk lebih detail Pembahasan Constitutional Complain dan Constitutional Question di berbagai Negara, Lihat juga Jimly Ashiddiqie dan Ahmad Syahrizal, Peradilan Konstitusi di 10 Negara, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.

330 Istilah constitutional question mengandung dua pengertian, umum dan khusus.Dalam pengertian yang umum, constitutional question adalah istilah yang merujukpada setiap persoalan yang berkaitan dengan konstitusi (dan yang lazimnyamerupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memutusnya). Sedangkan dalam arti khusus, constitutional question adalah merujuk pada suatu mekanisme pengujian konstitusionalitas undang-undang di mana seorang hakim (dari regular courts) yang sedang mengadili suatu perkara menilai atau ragu-ragu akan konstitusionalitas undang-undang yang berlaku untuk perkara itu, maka ia mengajukan "pertanyaan konstitusional" ke Mahkamah Konstitusi (mengenai konstitusional-tidaknya undang-undang itu). Mahkamah Konstitusi hanya memutus persoalan konstitusionalitas undang-undang itu, jadi bukan memutus kasus itu sendiri, namun selama Mahkamah Konstitusi belum menyatakan putusannya, pemeriksaan terhadap kasus tersebut dihentikan. Lihat, Victor F erreres Comella,"Is the European Model of Constitutional Review in Crisis",paper presented for the 12th Annual Conference on 'the Individual Vs. the State', Central European University, Budapest, June 18-19, 2004, hal. 4.

331 Pemantauan Persidangan Kriminalisasi Petani: Japin-Andi, Melawan Hukuman Yang Inkonstitusional. http://www.elsam.or.id/article.php. Diakses pada 23 februari 2014.

Dayak Kendawangan pada pada tahun 2010 dipidana hukuman 1 tahun penjara karena dianggap melakukan gangguan usaha perkebunan, yakni PT. Bangun Nusa Mandiri. Keduanya kini mengajukan upaya hukum luar biasa berupa Peninjauan Kembali atas putusan Kasasinya. Sejak Pengadilan tingkat pertama di PN Ketapang, sampai tingkat Kasasi, keduanya diputus bersalah melakukan perbuatan mengganggu jalannya usaha perkebunan sebagaimana diatur Pasal 47 dan Pasal 21 Undang-Undang No. 18 tahun 2004 tentang Perkebunan. Sementara itu, pada September 2011, Mahkamah Konstitusi (MK) melalui putusannya nomor 55/PUU-VIII/2010 membatalkan Pasal 21 dan Pasal 47 UU Perkebunan. Selanjutnya, Japin dan Vitalis Andi, didampingi Tim Pengacara Masyarakat Adat pada 24 Oktober 2013 mengajukan Peninjauan Kembali atas Putusan Kasasi Nomor: 2292 K/Pid.Sus/2011 melalui Pengadilan Negeri Ketapang.

Tim Pengacara Masyarakat Adat yang menjadi Kuasa Hukum Japin-Andi mengajukan Putusan MK Nomor 55/PUU-VIII/2010 sebagai bukti baru (Novum), sebagaimana dipersyaratkan Pasal 263 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP. Selain mengajukan bukti tertulis.

Berdasarkan dari contoh kasus apin dan Vitalis Andi menurut penulis, sekiranya *Constitutional Question* telah terinstitusionalisasikan di Mahkamah Konstitusi, dapat diprediksi bahwa putusan apin dan Vitalis Andi yakni putusan bebas. Argumentasinya, bahwa Pasal yang digunakan jaksa penuntut umum untuk mendakwa dan menuntut apin dan Vitalis Andi, inkonstitusional.

Oleh karena itu, menurut penulis bahwa sangat urgennya pembaharuan hukum tata negara melalui perubahan konstitusi[332] atau amandemen ke 5 (lima) UUD NRI Tahun 1945 sebagai *the supreme law of the land*.

332 Teori perubahan konstitusi, lihat teori K.C Where pada pembahasan konsepsi konstitusi dan konstitusionalisme.

BAB 12

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

A. KONSEPSI NEGARA HUKUM

Cita negara hukum secara primordial mengemuka dalam abad XVII di Inggris dan merupakan *background* Revolusi 1688. Hal ini merupakan reaksi terhadap atmosfir despotisme di masa lampau.[333] Sedangkan, gagasan cita negara hukum, secara historis diintrodusir oleh Plato (429-347 SM) yang dielaborasi oleh Aristoteles.[334]

Pemikiran tentang negara telah pula diletakkan dasar-dasarnya oleh seorang pemikir islam yang terkenal dan diakui otoritasnya oleh para sarjana barat yaitu Ibnu Khaldun. Ibnu Khaldun telah menentukan suatu tipologi negara dengan menggunakan tolak ukur kekuasaan. Pada dasarnya ia menggambarkan dua keadaan manusia, yaitu dalam keadaan alamiah dan keadaan yang berperadaban.[335] Dalam keadaan terakhir inilah manusia mengenal negara hukum. Selanjutnya, Ibnu Khaldun berpendapat, bahwa dalam *mulk siyasi* ada dua macam bentuk negara hukum, yaitu: (1) *siyasah diniyahdan* (2) *siyasah aqliyah*.[336] Ciri pokok yang membedakan kedua macam nomokrasi itu ialah pelaksanaan hukum islam (syariah) alam kehidupan negara dan hukum sebagai hasil

333 Adnan Jamal, Konfigurasi Politik dan Hukum Institusionalisasi Judial Review di Indonesia, Pustaka Refleksi: Makassar, 2009. hal. 21.

334 Von Schmid, Grote Dankers Over Staat en Recht. Diterjemahkan oleh R. Wiratno, et.al., dengan judul Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum, Pembangunan: Jakarta, 1988, hal. 10-23. Menurut Aristoteles bahwa sebuah konstitusi adalah pengelolaan posisi jabatan di suatu negara dan menentukan apa yang menjadi badan pemerintahannya dan yang menjadi tujuan dari setiap kelompok masyarakat.Untuk lebih rinci tentang gagasan Aristoteles, lihat, Aristoteles, La Politica, diterjemahkan kedalam bahasa inggris oleh Benjamin Jowett dan diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, Politik, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008, hal. 171.

335 S. Ahmed Waqar Husaini, Islamic Enviromental System Engineering, diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin, Sistem Pembinaan Masyarakat Islam, Bandung: Pustaka Salman ITB, 1983.

336 Muhammad Tahir Azhary menterjemahkan istilah siyasah diniyah dengan nomokrasi islam. Sedangkan, siyasah aqliyah diterjemahkan dengan nomokrasi sekuler. Lihat, Muhammad Tahir Azhary, Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini, Jakarta: Prenada Media, 2004, hal. 85.

pemikiran manusia. Dalam nomokrasi islam, baik syariah maupun hukum yang didasakan pada rasio manusia, kedua-duanya berfungsi dan berperan dalam negara. Sebaliknya, dalam nomokrasi sekuler manusia hanya menggunakan hukum semata-mata sebagai hasil pemikiran mereka.[337]

Di zaman modern, konsep Negara Hukum di Eropah Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu "*rechtsstaat*'. Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep Negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan "*The Rule of Law*". Menurut Julius Stahl, konsep Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah '*rechtsstaat*' itu mencakup empat elemen penting, yaitu:

1. Perlindungan hak asasi manusia.
2. Pembagian kekuasaan.
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang.
4. Peradilan tata usaha negara.

Konsepsi negara hukum di atas seperti yang dikemukakan Stahl dan Dicey, menurut penulis sangat dipengaruhi pemikiran negara hukum pada abad 19. Dalam kaitannya konsepsi negara hukum modern atau konsepsi negara hukum kontemporer sangat urgen direduksi ke dalam konsep negara hukum yakni lembaga peradilan yang independen serta peradilan konstitusi sebagai perwujudan cita supremasi konstitusi (*supremacy of constitution*).

B. PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

1. Pengertian Hukum Administrasi Negara

Menurut Utrecht, hukum administrasi negara (hukum pemerintahan) berfungsi menguji hubungan hukum istimewa yang diadakan untuk memungkinkan para pejabat (*ambtsdragers*) administrasi negara melakukan tugas mereka yang khusus. Selanjutnya dikemukakan bahwa hukum administrasi negara adalah hukum yang mengatur sebagian lapangan pekerjaan administrasi negara. Bagian lain lapangan pekerjaan administrasi negara diatur oleh hukum tata negara, hukum privat, dan

337 Ibid.

sebagainya. Jadi pengertian Hukum Administrasi Negara dan pengertian hukum yang mengatur pekerjaan administrasi negara tidak identik. Dengan menggunakan teori **Trias Politica** dari Montesquieu, Utrecht merumuskan bahwa yang dimaksud dengan administrasi negara adalah: "gabungan jabatan-jabatan (*complex van ambten*) – "*apparaat*" (alat) administrasi – yang di bawah pemerintah melakukan sebagian pekerjaan pemerintah (tugas pemerintah, *overheidstaak*) – fungsi administrasi – yang tidak ditugaskan kepada badanbadan pengadilan, badan legislatif.[338] Selanjutnya menurut Utrecht tehtang Hukum Administrasi Negara menyangkut dengan hal-hal yang (pusat) dan badan-badan pemerintah dari persekutuan hukum yang lebih rendah daripada negara, yaitu badan-badan pemerintahan dari persekutuan hukum daerah swatantra tingkat I, II, dan III, dan daerah istimewa yang masing-masing diberi kekuasaan memerintah sendiri daerahnya. Sedangkan dalam perincian lapangan pekerjaan administrasi negara oleh Utrecht diperlukan peninjauan sejarah perkembangan hukum administrasi, yang di antaranya dimulai dari kekuasaan raja yang sangat mutlak, teori pemisahan kekuasaan (*trias politica*), hingga pada teori pembagian kekuasaan.

Pradjudi Atmosudirdjo[339]mendefinisikan Hukum Administrasi Negara sebagai hukum mengenai administrasi negara dan hukum hasil ciptaan administrasi negara. Administrasi negara dalam definisi tersebut mempunyai arti yang luas, yaitu kombinasi antara: (a) tata pemerintahan, (b) tata usaha negara, (c) administrasi atau pengurusan rumah tangga negara, (d) pembangunan, dan (e) pengendalian lingkungan. Selanjutnya, menurut Pradjudi ada tiga arti administrasi negara, yaitu:

(1) sebagai aparatur negara, aparatur pemerintah, atau sebagai institusi politik (kenegaraan),
(2) sebagai fungsi atau sebagai aktivitas melayani pemerintah, yakni sebagai kegiatan "pemerintah operasional", dan
(3) sebagai proses teknik penyelenggaraan undang-undang.

Prajudi juga menguraikan pengertian Hukum Administrasi Negara dalam arti luas, yaitu terdiri atas:

(1) hukum tata pemerintahan,
(2) hukum tata usaha negara,

338 Utrecht. 1962. Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia. Jakarta: Ichtiar. hal: 7-8.
339 Pradjudi Atmosudirdjo, Hukum Administrasi Negara. Jakarta: Ghalia Indonesia. 1988, hal: 42.

(3) hukum administrasi negara dalam arti sempit, yakni hukum tata pengurusan rumah tangga.

Dari berbagai definisi dan deskripsi tersebut, P. De Haan cs[340] mengemukakan tiga fungsi hukum administrasi negara, yaitu fungsi normatif, fungsi instrumental, dan fungsi jaminan. Deskripsi hukum administrasi negara tersebut menggambarkan hukum administrasi negara yang meliputi: (a) mengatur sarana bagi penguasa untuk mengatur dan mengendalikan masyarakat, (b) mengatur cara-cara partisipasi warga negara dalam proses pengaturan dan pengendalian, (c) perlindungan hukum, (d) menetapkan norma-norma fundamental bagi penguasa untuk pemerintahan yang baik.

2. Ruang Lingkup hukum Administrasi Negara

Oppenheim mengemukakan perbedaan terhadap tinjauan negara, bahwa hukum tata negara menyoroti negara dalam keadaan diam (*staat in trust*). Sedangkan hukum administrasi negara menyoroti negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Sementara itu C. Van Vollenhoven menjabarkan bahwa hukum tata negara merupakan keseluruhan aturan yang membentuk dan menentukan kewenangan alat-alat perlengkapan negara. Sementara hukum administrasi adalah keseluruhan aturan yang mengikat alat-alat perlengkapan negara setelah alat-alat perlengkapan negara akan menggunakan kewenangan-kewenangan kenegaraan.[341]

C. KEDUDUKAN DAN KEWENANGAN ADMINISTRASI NEGARA

Pemerintah atau administrasi negara adalah sebagai subjek hukum, atau sebagai pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Sebagai subjek hukum, pemerintah sebagaimana objek hukum lainnya melakukan berbagai tindakan baik tindakan nyata maupun tindakan hukum.

Pemerintah di samping melaksanakan kegiatan dalam bidang hukum publik, juga sering terlibat dalam larangan keperdataan. Dalam

340 Bahder Johan Nasution, Pemahaman Konseptual tentang Hukum Administrasi Negara dalm Konteks Ilmu hukum, Jurnal Demokrasi Vol. VI No. 1 Th. 2007. Hal. 18.

341 Kuntjoro Purbopranoto, 1985. Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara. Bandung: Alumni. Hal. 16.

pergaulan hukum, pemerintah sering terampil dengan *two petten*, dengan dua kepala, sebagai wakil dari jabatan (*ambt*) yang tunduk pada hukum publik dan wakil dari badan hukum (*rechtspersoon*) yang tunduk pada hukum privat.

Dalam perspektif hukum publik, negara adalah organisasi jabatan. Menurut Logemann[342] mengatakan "dalam bentuk kenyataan sosialnya, negara adalah organisasi yang berkenaan dengan berbagai fungsi". Yang dimaksud dengan fungsi adalah lingkungan kerja yang terperinci dalam hubungan secara keseluruhan. Fungsi-fungsi ini dinamakan jabatan. Negara adalah organisasi jabatan. Jabatan adalah suatu lembaga dengan lingkup pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang.

Badan hukum publik menurut Ali[343] mempunyai tiga kriteria yaitu: Pertama, dilihat dari pendirinya, badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yang didirikan oleh penguasa dengan undang-undang atau peraturan-peraturan lainnya; Kedua, lingkungan kerjanya yaitu melaksanakan perbuatan-perbuatan publik. Ketiga, badan hukum itu diberi wewenang publik seperti membuat keputusan, ketetapan dan peraturan yang mengikat umum.[344]

D. MACAM-MACAM PERBUATAN HUKUM PEMERINTAH

Pemerintah atau administrasi negara adalah subjek hukum yang mewakili dua institusi yaitu jabatan pemerintahan dan badan hukum pemerintahan, karena mewakili dua institusi, maka dikenal ada dua macam tindakan hukum. Tindakan dalam Lapangan Hukum Publik Pemerintah seperti halnya perorangan, sebagai subjek hukum dapat pula melakukan tindakan-tindakan dalam lapangan hukum publik melalui alat-alat perlengkapannya. Dalam hal ini pemerintah atau pun alat perlengkapannya melakukan peran sebagai subjek hukum publik yang menjalankan kekuasaan hukum publik sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang untuk menilai tindakan dalam hukum

342 Ridwan, HR, Hukum Administrasi Negara. Yogyakarta: UII Press,, 2002., Hal. 52.

343 Chidir Ali, Badan Hukum. Bandung: Alumni. 1987. Hal 62. Adapun mengenai teori badan hukum akan dijelaskan secara rinci dalam pembahasan hukum perdata.

344 Ridwan, HR, Op.Cit., Hal. 57-53.

publik ini dilakukan dengan melihat ada tidaknya wewenang, di mana wewenang tersebut pada umumnya adalah wewenang dalam jabatan.

Perbuatan pemerintah dalam lapangan hukum publik ini digolongkan menjadi dua yaitu: a. Perbuatan hukum publik yang bersegi satu: Perbuatan ini akibat hukumnya timbul secara langsung seiring dilakukannya perbuatan tersebut oleh pemerintah tanpa menunggu reaksi dari pihak-pihak yang terkena; b. Perbuatan hukum publik yang bersegi dua: Perbuatan hukum publik yang bersegi dua ini akibat hukumnya baru timbul sesudah ada kata sepakat antara pemerintah dengan pihak-pihak yang terkena. Tindakan dalam Lapangan Hukum Privat.

Di samping melakukan tindakan dalam lapangan hukum publik, pemerintah seperti halnya perorangan, sebagai subjek hukum dapat pula melakukan tindakan-tindakan dalam lapangan hukum privat untuk melakukan perbagai perbuatan dalam lapangan hukum keperdataaan ini dijelmakan dalam kualitas sebagai badan hukum yang bertindak atas nama institusi bukan atas nama jabatan.[345]

E. ASAS-ASAS UMUM PEMERINTAHAN YANG LAYAK

Secara umum Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik[346] meliputi;

a. Asas Kepastian Hukum, yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan Penyelenggara Negara;
b. Asas Tertib Penyelenggara Negara, yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian dan keseimbangan dalam pengendalian Penyelenggara Negara;
c. Asas Kepentingan Umum, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara aspiratif, akomodatif, dan selektif;
d. Asas Keterbukaan, yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan

345 Fuji Astuti, Dkk. Hukum Tata Pemerintahan, Jakarta: Pusat Penerbitan Universitas Terbuka, 2004. Hal. 33-34.

346 Lihat penjelasan Pasal 3 Undang-undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme. Review, pada pembahasan Asas Hukum di atas.

tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara;

e. Asas Proporsionalitas, yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban Penyelenggara Negara;

f. Asas Profesionalitas, yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan

g. Asas Akuntabilitas, yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan Penyelenggara Negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Substansi tersebut dijelaskan Laica[347], sebagaimana dalam lembaga penelitian pengembangan hukum administrasi negara, yaitu:

1. Prinsip kepastian hukum (*rechtszekerheids-beginsel*, *principle of legal security*). Prinsip ini menghendaki, bahwa dalam suatu keadaan tindakan tidak boleh berlaku surut. Asas kepastian hukum ini menghendaki dihormatinya hak yang diperoleh seseorang berdasarkan suatu keputusan penguasa. Walaupun keputusan itu dikeluarkan secara salah, akan tetapi, karena kesalahan itu berada pada pihak administrasi negara sehingga mereka yang diuntungkan ketetapan tersebut tidak dapat dirugikan dengan dalih adanya kesalahan yang bukan karena dilakukan oleh yang dikenai keputusan.
2. Prinsip keseimbangan (*evenredigheidsbeginsel*, *principle of propotionality*). Artinya, hukuman jabatan yang diberikan kepada seseorang pejabat harus terdapat keseimbangan dengan kesalahan. Sebagai contoh, hendaknya tidak menjatuhkan hukuman jabatan (*a disciplinary correction*) dengan hukuman penurunan pangkat karena yang bersangkutan hanya terlambat masuk kantor karena kemacetan lalu lintas.
3. Prinsip kesamaan dalam mengambil keputusan (*gelijkheidsbeginsel*, *principle of equality*). Asas ini menghendaki agar administrasi

347 Muh. Laica Marzuki Otonomi Daerah dan Implikasinya Bagi Peradilan Tata Usaha Negara, Dalam Jurnal Meritokrasi, Vol. 1. No. 1.

negara dalam mengambil tindakan yang sama terhadap kasus-kasus yang faktanya sama pula. Sebagai contoh, jika suatu perusahaan tertentu dibutuhkan suatu kebersihan dalam beberapa waktu tertentu. Contoh lain, jika administrasi negara telah memberikan lisensi, namun jika kemudian kebijakan politik berubah lalu seseorang pemohon yang tidak mendapatkan lisensi mengajukan perkaranya ke depan badan banding, maka demi asas kesamaan badan banding tersebut menyatakan keputusan administrasi negara tersebut ditolak.

4. Prinsip bertindak cermat atau saksama (*zorgvuldigheidsbeginsel*, *principle of careful-ness*). Dengan prinsip ini, administrasi negara harus bertindak cermat. Yurisprudensi Hoogeraad Belanda tanggal 9 Januari 1942 Nomor 295 menyatakan, jika ada jalanan umum rusak, maka dewan kota praja berkewajiban memperingatkan bahwa kecelakaan kepada pemakai jalan umum. Dalam kasus ini, kota praja tidak menempatkan tanda peringatan sehingga terjadi kecelakaan. Oleh sebab itu, kota praja diwajibkan mengganti kerugian akibat dari kecelakaan.
5. Prinsip motivasi untuk setiap keputusan (*motiveringsbeginsel*, *principle of motivation*). Asas ini mempunyai dua aspek: *Pertama*; keputusan administrasi harus beralasan (*must be motived*). *Kedua*; motivasinya harus benar dan terang (*just and clear*). Sebagai contoh, kota praja menolak permohonan suatu perkumpulan untuk melindungi anak-anak dalam mengadakan suatu koleksi tanpa alasan. Keputusan itu dinyatakan batal oleh Kroon Tanggal 15 November 1958 Nomor 658, dengan alasan, bahwa tindakan kota praja bertentangan dengan prinsip motivasi.
6. Prinsip jangan menyalahgunakan kewenangan (*verbod van detournement de pouvoir*, *principle of non-misuse of competence*). Asas *Detournement de Pouvoir* terjadi, bilamana suatu alat pemerintahan menggunakan wewenangnya untuk menyelenggarakan suatu kepentingan umum yang lain daripada kepentingan umum yang dimaksud oleh peraturan dasarnya. Sebagai contoh, seperti yang dikemukakan Utrecht, bahwa *Detournement de Pouvoir* terjadi, misalnya jika seorang walikota memberi perintah supaya semua tempat dansa di kota didaftarkan

dan pada pendaftaran harus dipenuhi beberapa syarat istimewa. Oleh Walikota, syarat-syarat itu disusun sedemikian rupa, sehingga hanya tempat dansa kepunyaan walikota sendiri yang dapat memenuhinya. Di sini, wewenang walikota dipergunakan untuk mencegah persaingan terhadap tempat dansa kepunyaannya sendiri. Contoh lain, pemerintah kota praja bersedia memberi izin untuk mendirikan sebuah gedung, tetapi dengan syarat, bahwa yang diberi izin itu, menyerahkan sebagian dari tanahnya kepada Pemerintah Daerah (Pemda), sehingga jalanan umum dapat dilebarkan. Dengan demikian, Pemda itu dapat menghindarkan prosedur pembebasan hak milik (*onteigening*) seseorang, yang sesungguhnya hanya dapat dilakukan dengan pemberian ganti kerugian. Dengan demikian, mencampur adukan dua kepentingan umum, yakni pendirian rumah yang layak dengan kepentingan lalu lintas. Timbulnya perselisihan paham tentang *Detournement de Pouvoir* itu disebabkan adanya anggapan, bahwa apakah *Detournement de Pouvoir* itu dianggap bertentangan dengan hukum atau dengan kepentingan umum (*in strijd met het algemenebelang*)? Sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, maka *Detournement de Pouvoir* telah dipahami oleh para pengkaji hukum administrasi sebagai bukan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*). Namun, dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tersebut, maka *Detournement de Pouvoir* tersebut dimasukkan sebagai *Onrechtmatige Overheids Daad*. Namun, karena diakuinya prinsip asas-asas umum pemerintahan yang layak, maka para pejabat administrasi seharusnya sangat berhati-hati dalam menggunakan *Detournement de Pouvoir* tersebut. Mengingat batasan antara kepentingan umum berbeda dengan kepentingan umum yang ditetapkan dalam undang-undang yang menjadi dasar adanya wewenang tersebut. Hal ini sangat abstrak dan sangat berdekatan dengan penyalahgunaan wewenang. Demikian pula, para hakim harus betul-betul cermat menilai sebuah tindakan pemerintah yang didasarkan atas *Detournement de Pouvoir*, apakah tidak melanggar salah satu asas dari asas-asas umum pemerintahan yang layak, khususnya asas kepastian hukum

dan asas kesamaan semua pihak serta asas permainan yang jujur (*fair play beginsel*)?

7. Prinsip permainan yang jujur (*fair paly beginsel*). Prinsip ini menghendaki, bahwa administrasi negara harus memberikan kesempatan seluas-luasnya kepada rakyat sebelum mengambil suatu keputusan, yaitu untuk mencari kebenaran dan keadilan. Prinsip ini sangat penting karena bagi administrasi negara sangat terbuka kemungkinan untuk memberi informasi yang kurang tepat (*unjust information*) atau kurang jelas tentang akibat-akibat dari suatu keputusan administrasi. Sebuah contoh, bila di sebuah kota terdapat seseorang warga berkebaratan terhadap suatu rencana karena khawatir akan menghalangi pelaksanaan proyeknya. Lalu membawa perkaranya ke kota praja, namun kota praja menilai tidak beralasan (*ungrounded*), dengan alasan, bahwa rencana itu tidak ada akibatnya bagi proyek pembangunan itu. Akan tetapi, beberapa waktu kemudian ternyata alasan itu tidak benar karena menurut rencana, tanah itu sudah diperuntukkan bagi tujuan agraria. Berarti tidak diperkenankan untuk membangun. Dengan kenyataan tersebut prinsip *fair play* telah mengesampingkan peraturan prosedural tertulis (*written prosedurerules*) dari ketentuan tentang rencana pembangunan (keputusan Kroon Tanggal 17 Oktober 1970, *Bouwrecht* 1971).
8. Prinsip keadilan atau larangan bertindak sewenang-wenang (*Redelijkeheids-beginsel of verbod van willekeur*, *principle of reasonableness or prohibition of arbitrariness*). Prinsip ini di negara Belanda secara tegas dilarang dalam undang-undang bidang administrasi untuk bertindak sewenang-wenang (*willekeur*) atau tidak adil (*onridelijk*). Apabila suatu alat pemerintahan bertentangan dengan prinsip tersebut, maka keputusan administratif itu dapat dibatalkan. Ketentuan yang demikian ini, di dalam berbagai ketentuan perundang-undangan di Indonesia belum ditemukan pengaturannya secara tegas, namun secara prinsip diakui, bahwa hal tersebut terlarang. Dalam pada itulah, maka hakim diperlukan peranannya secara baik, aktif dengan menggunakan wewenang *judicial review* untuk menguji ketentuan perundang-undangan yang berindikasi adanya kesewenang-wenangan (sebuah wacana).

Demikian pula, hakim harus cermat menilai ada tidaknya unsur kesewenang-wenangan jika atas dasar keputusan tersebut diajukan sebagai sengketa tata usaha negara.

9. Prinsip pemenuhan pengharapan yang ditimbulkan (*principle van opgewekte verwachtingen*, *principle of meeting raised expectation*). Prinsip ini menghendaki, bahwa apabila Administrasi Negara bertindak, harus memperhatikan prinsip pemenuhan pengharapan yang ditimbulkan. Sebagai contoh, keputusan majelis banding Belanda Tanggal 13 Januari 1959 seorang pegawai sipil memohon uang bantuan untuk menggunakan kendaraan pribadinya untuk menjalankan kewajibannya. Pada waktu dinas ia mendapatkan uang bantuan dimaksud akan tetapi, kemudian peraturan pegawai sipil tidak memungkinkan pemberian suatu kompensasi biaya kepada pegawai sipil. Oleh karena itu, maka administrasi negara menarik kembali keputusan pemberian uang bantuan kepada pegawai sipil. Oleh *central boardappead* membatalkan keputusan dengan menarik kembali pemberian uang bantuan. Prinsip ini dapat dilihat sebagai perluasan dari asas umum pemerintahan yang layak. Prinsip pemenuhan harapan ini mengingatkan, bahwa kesalahan yang dilakukan oleh pihak lain, tidak dapat dibebankan tanggung jawab hukumannya kepada pihak yang lainnya, meskipun dasar yang memberikan hak tersebut telah dicabut atau dibatalkan, kecuali jika dasar hak tersebut batal karena dicabut kembali oleh yang berwenang.
10. Prinsip meniadakan akibat dari keputusan yang dibatalkan (*herstelbeginsel*, *the principle of undoing the consequences of annulled decision*). Prinsip ini menghendaki agar tidak terjadi kerugian akibat dari suatu keputusan administrasi yang menimbulkan kerugian yang sesungguhnya tidak perlu. Sebagai contoh, jika keputusan pemecatan pegawai dinyatakan batal oleh badan pertimbangan kepegawaian, maka dalam hal demikian administrasi negara yang memecat pegawai bukan hanya wajib menerima kembali pegawai yang dipecat itu. Akan tetapi, juga harus membayar segala kerugian karena pemecatan yang tidak berdasarkan undang-undang.

11. Prinsip perlindungan cara hidup pribadi (*princip van besckerning van de persoonlijke levenssefer*, *the principle of protecting the personal way of life*). Prinsip ini oleh Crince Le Roy mengemukakan sebuah contoh di negeri Belanda, bahwa seorang pegawai yang telah berkeluarga mengadakan hubungan kelamin dengan seorang sekertarisnya (*a woman secretary*). Berdasarkan alasan ini administrasi negara yang bersangkutan mengambil tindakan disiplin terhadap pegawai tersebut. Keputusan administrasi negara dengan memberikan tindakan disiplin terhadap pegawai tersebut dibatalkan (*central board for appeal* Tanggal 29 Mei 1951) dengan alasan, bahwa seorang pegawai sipil mempunyai hak untuk hidup sesuai dengan hidup pribadinya (*to live his own life*). Contoh penerapan asas perlindungan cara hidup sebagai salah satu unsur asas-asas umum pemerintahan yang layak sebagaimana dikemukakan Crince Le Roy di atas, tentunya tidak serta merta dapat diterapkan di Indonesia yang sangat religius, beradab, serta berasaskan Pancasila. Akan tetapi, contoh tersebut sangat penting dan bermanfaat terutama bagi para hakim untuk menilai tindakan aparat administrasi perihal apakah sesuatu sesuai atau tidak sesuai dengan prinsip perlindungan hidup yang sesuai tata nilai yang diakui dan diterima oleh masyarakat Indonesia, khususnya di Sulawesi Selatan.

Adapun kegunaan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang layak menurut Muin Fahmal[348], antara lain:

1. Sebagai nilai-nilai etik dalam lingkungan hukum administrasi
2. Penuntun bagi administrasi (*bestuur*) dalam mewujudkan fungsi pelayanannya kepada masyarakat.
3. Sebagai alat uji bagi hakim tata usaha negara dalam menilai suatu tindakan administrasi (*bestuur*).
4. Sebagai alasan pengajuan gugatan kepada Pengadilan Tata Usaha Negara
5. Sebagai asas, dapat digali dalam masyarakat dan diperlakukan sebagai norma, baik pemerintah maupun hakim dalam menilai tindakan pemerintah.

348 Muin Fahmal, Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih, Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2008, hal. 83-84

6. Sebagai sarana tambahan dan menentukan karena itu mengikat pemerintah dalam mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*)
7. Sebagai bahan mewujudkan keadilan yang sesungguhnya, yaitu keadilan yang sesuai perasaan hukum masyarakat.
8. Sebagai alat bantu bagi hakim menemukan hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat.
9. Sebagai sarana penunjang kebebasan hakim untuk menemukan keadilan yang sesungguhnya, dan
10. Sebagai sarana meningkatkan wibawa pemerintahan atau pun hakim.

BAB 13

HUKUM PIDANA

A. DEFINISI HUKUM PIDANA

Menurut Wirjono Prodjodikoro bahwa istilah hukum pidana itu dipergunakan sejak pendudukan Jepang di Indonesia untuk pengertian *strafrecht* dari bahasa Belanda, dan untuk membedakannya dari istilah hukum perdata untuk pengertian *burgerlijkrecht* atau *privaatrecht* dari bahasa Belanda.[349]

Menurut Sudarto, pidana adalah nestapa yang diberikan oleh Negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang (hukum pidana), sengaja agar diberikan sebagai nestapa.[350]

Selanjunya Soedarto menyatakan bahwa sejalan dengan pengertian hukum pidana, maka tidak terlepas dari KUHP yang memuat dua hal pokok, yakni:

1) Memuat pelukisan dari perbuatan-perbuatan orang yang diancam pidana, artinya KUHP memuat syarat-syarat yang harus dipenuhi yang memungkinkan pengadilan menjatuhkan pidana. Jadi di sini seolah-olah negara menyatakan kepada umum dan juga kepada para penegak hukum perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dan siapa yang dapat dipidana.

349 Wirjono Prodjodikoro, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia, Bandung: Refika Aditama, 2003, hal. 1-2.

350 Sudarto, Kapita Selekta Hukum Pidana (Bandung: Alumni, 1981), hal 109-110. Pemberian nestapa atau penderitaan yang sengaja dikenakan kepada seorang yang melanggar ketentuan Undang-undang tidak hanya dimaksudkan untuk memberikan penderitaan, akan tetapi bertujuan agar orang tersebut merasa jera dan membuat pelanggar kembali hidup bermasyarakat sebagi mana layaknya. Lihat, Niniek Suparni, Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan (Jakarta: Sinar Grafika, 1996), hal 12. Selain itu, dalam konteks tujuan pemidanaan Menurut H.A.Djazuli, hukuman ditetapkan untuk memperbaiki individu, menjaga masyarakat dan untuk tertib sosial. Bagi Allah sendiri tidaklah akan memadharatkan kepadaNya apabila manusia di bumi ini melakukan kejahatan dan tidak akan memberi manfaat kepada Allah apabila manusia di muka bumi taat kepadaNya. Lihat, H.A.Djazuli, Fiqh Jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam), Jakarta, Raja Grafindo Persada. 1997, hal. 25.

2) KUHP menetapkan dan mengumumkan reaksi apa yang akan diterima oleh orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu.

Sedangkan definisi hukum pidana menurut Van Bammelen[351] membagi kedalam pidana materiil dan pidana formil. Selanjutnya van Bemmelen menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

"hukum pidana materiil terdiri atas tindak pidana yang disebut berturut-turut, peraturan umum yang dapat diterapkan terhadap perbuatan itu, dan pidana yang diancamkan terhadap perbuatan itu. Hukum pidana formil mengatur cara bagaimana acara pidana seharusnya dilakukan dan menentukan tata tertib yang harus diperhatikan pada kesempatan itu."

Pada hakikatnya, hukum pidana materiil[352] berisi larangan atau perintah yang jika tidak dipatuhi diancam dengan sanksi. Adapun hukum pidana formil[353] adalah aturan hukum yang mengatur cara menegakkan hukum pidana materil.

Terlepas dari pembagian tersebut, menurut penulis, bahwa hukum pidana adalah kumpulan peraturan yang mengatur perbuatan, baik menyeruh berbuat atau melakukan sesuatu, maupun melarang berbuat atau melakukan sesuatu yang diatur di dalam undang-undang dan peraturan daerah yang diancam dengan sanksi pidana.

B. DELIK ATAU PERBUATAN PIDANA

Pengertian, Unsur-Unsur dan Macam-Macam Perbuatan Pidana

1. Pengertian Perbuatan Pidana

   Hukum pidana belanda memakai istilah *strafbaar feit*, kadang-kadang juga *delict* yang berasal dari bahasa Latin *Delictum*. Hukum pidana Negara-negara Anglo-Saxon memakai istilah *offense* atau *criminal act* untuk maksud yang sama. Oleh karena KUHP Indonesia bersumber pada WvS Belanda, maka istilah aslinya pun sama yaitu *strafbaar feit*.[354]

351 Mr. J.M. Van Bammelen, Hukum Pidana I, Bandung: Bina Cipta, 1987, hal. 2 et seq.

352 Menurut penulis bahwa hukum pidana materiil dapat ditemukan di dalam KUHP dan Undang-Undang Pidana Khusus serta peraturan daerah.

353 Sedangkan pidana formil, dapat ditemukan di Kitab Unda-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

354 Andi Hamzah, Asas-Asas Hukum Pidana, Rineka Cipta: Jakarta, 1994, hal. 86.

Menurut Chairul Chuda[355] Tindak pidana adalah perbuatan atau serangkaian perbuatan yang padanya dilekatkan sanksi pidana. Selanjutnya, menurut Chairul Chuda bahwa dilihat dari istilahnya, hanya sifat-sifat dari perbuatan saja yang meliputi suatu tindak pidana. Sedangkan sifat-sifat orang yang melakukan tindak pidana tersebut menjadi bagian dari persoalan lain, yaitu pertanggungjawaban pidana.[356]

Menurut Simons[357] yang menyatakan *strafbaar feit* adalah perbuatan yang melawan hukum dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.

Selanjutnya, Van Hammel[358] merumuskan delik (*strafbaar feit*) itu sebagai berikut: *eene wettelijke omschreven menschelijke gedraging, onrechtmatig, strafwaarding en aan schuld te wijten* (kelakukan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan).

Berdasarkan dari pengertian mengenai perbuatan pidana para ahli hukum pidana di atas, maka menurut penulis perbuatan pidana adalah suatu perbuatan yang melanggar perintah untuk melakukan sesuatu, larangan untuk tidak melakukan sesuatu secara melawan hukum dengan kesalahan dan diberikan sanksi, baik di dalam undang-undang maupun di dalam peraturan daerah.

2. Unsur-Unsur Perbuatan Pidana

Pada hakikatnya, setiap perbuatan pidana harus terdiri dari unsur-unsur lahiriah (fakta) oleh perbuatan, mengandung kelakukan dan akibat yang ditimbulkan karenannya. Keduanya memunculkan kejadian dalam alam lahir (dunia).[359]

Menurut Moeljatno yang merupakan unsur atau elemen perbuatan pidana adalah:[360]

a. Kelakuan dan akibat (= perbuatan)
b. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan.
c. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana.

355 Chairul Huda, "Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan'", Jakarta: Prenada Media, 2006, hal. 15.
356 Ibid.
357 Andi Hamzah. Op.cit., hal. 69.
358 Ibid., hal. 88.
359 Moeljatno, Asas-Asas Hukum Pidana: Edisi Revisi, Rineka Cipta: Jakarta, 2008, hal. 64.
360 Moeljatno, Op.cit., hal. 69-70.

d. Unsur melawan hukum yang objektif.
e. Unsur melawan hukum yang subjektif.

Perlu ditekankan lagi bahwa sekalipun dalam rumusan delik tidak terdapat unsur melawan hukum, namun jangan dikira bahwa perbuatan tersebut lalu tidak bersifat melawan hukum. Sebagaimana ternyata di atas, perbuatan tadi sudah demikian wajar sifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu untuk dinyatakan tersendiri.

Sungguh pun demikian setiap tindak pidana yang terdapat di dalam kitab undang–undang hukum pidana itu pada umumnya menurut doktrin, unsur-unsur delik atau perbuatan pidana terdiri atas unsur subjektif dan unsur objektif. Terhadap unsur-unsur tersebut dapat diutarakan sebagai berikut:[361]

1. Unsur Subjektif

   Unsur subjektif adalah unsur yang berasal dari dalam diri pelaku. Asas hukum pidana menyatakan *An act does not make a person guilty unless the mind is guilty or actus non facit reum nisi mens sit rea* (tidak ada hukuman, kalau tidak ada kesalahan). Kesalahan yang dimaksud di sini adalah kesalahan yang diakibatkan oleh kesengajaan (*intention/opzet/dolus*) dan kealpaan (*negligence or schuld*). Pada umumnya para pakar telah menyetujui bahwa "kesengajaan" terdiri atas tiga, yakni:

   1) Kesengajaan sebagai maksud (*oogmerk*)
   2) Kesengajaan dengan keinsafan pasti (*opzet als zekerheidsbewustzijn*)
   3) Kesengajaan keinsafan dengan keinsafan akan kemungkinan (*dolus evantualis*).

   Sedangkan kealpaan terdiri dari dua, yakni:

   1) Tak berhati-hati;
   2) Dapat menduga akibat perbuatan itu.

2. Unsur Objektif

   Unsur objektif merupakan unsur dari luar diri pelaku yang terdiri atas:

   a. Perbuatan manusia, berupa:

361 Leden Marpaung, Asas - Teori - Praktik Hukum Pidana, Sinar Grafika: Jakarta, 2005, hal. 9-10.

1) *act*, yakni perbuatan aktif atau perbuatan positif;
2) *omission*, yakni perbuatan pasif atau perbuatan negative, yaitu perbuatan yang mendiamkan atau membiarkan.

b. Akibat (*result*) perbuatan manusia
Akibat tersebut membahayakan atau merusak, bahkan menghilangkan kepentingan-kepentingan yang dilindungi oleh hukum, misalnya nyawa, badan, kemerdekaan, kehormatan, dsb.

c. Keadaan-keadaan (*circumstances*)
Pada umumnya, keadaan tersebut dibedakan antara lain:
1) keadaan pada saat perbuatan dilakukan;
2) keadaan setelah perbuatan dilakukan.

d. Sifat dapat dihukum dan sifat melawan hukum
Sifat dapat dihukum berkenaan dengan alasan-alasan yang membebaskan si pelakku dari hukuman. Adapun sifat melawan hukum adalah perbuatan itu bertentangan dengan hukum, yakni berkenaan dengan larangan atau perintah melakukan sesuatu.

Menurut Satochid Kartanegara unsur delik terdiri atas unsur objektif dan unsur subjektif. Unsur yang objektif adalah unsur yang terdapat di luar diri manusia, yaitu berupa:[362] (Leden Marpaung, *ibid*).

a. suatu tindakan;
b. suatu akibat, dan
c. keadaan (*omstandigheid*).

Selanjutnya Satochid menyatakan kesemuanya itu dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang. Sedangakan unsur subjektif adalah unsur-unsur dari perbuatan yakni:

a. Kemampuan dapat dipertanggungjawabkan(*toerekeningsv atbaarheid*)
b. Kesalahan (*schuld*).[363]

362 Leden Marpaung, ibid.
363 Satochid Kartanegara, Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah, Balai Lektur Mahasiswa, Tanpa Tahun, hal.184-186.

Menurut Lamintang[364] unsur delik terdiri atas dua macam, yakni unsur subjektif dan unsur objektif. Selanjutnya Lamintang menyatakan sebagai berikut: "Yang dimaksud dengan unsur-unsur subjektif itu adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku, dan termasuk ke dalamnya yaitu segala yang terkandung di dalam hatinya. Sedang yang dimaksud dengan unsur-unsur objektif itu adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan.

Unsur-unsur subjektif dari sesuatu tindak pidana itu adalah;

1. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus atau culpa*)
2. Maksud atau *voornemen* pada suatu percobaan atau *poging* seperti yang dimaksud di dalam pasal 53 ayat 1 KUHP
3. Macam–macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain.
4. Merencanakan terlebih dahulu atau *voorbedachte raad* seperti yang misalnya yang terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut pasal 340 KUHP.
5. Perasaan takut atau *vrees* seperti yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut pasal 308 KUHP.

Unsur-unsur objektif dari suatu tindak pidana adalah sebagai berikut:

1. sifat melawan hukum atau *wederechtelijk*;
2. Kualitas dari sipelaku, misalnya keadaad sebagai seorang pegawai negeri dalam kejahatan menurut Pasal 415 KUHP atau keadaan sebagai pengurus suatu perseroan terbatas, dalam kejahatan menurut Pasal 398 KUHP;
3. kualitas, yakni hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan suatu kenyataan sebagai akibat.

Berangkat dari apa yang telah dijelaskan di atas, meskipun diantara satu sama lainya secara berbeda-beda pendapat dalam merumuskan unsur-unsur perbuatan pidana. Maka menurut hemat penulis seluruh unsur delik tersebut merupakan satu kesatuan. Salah satu

364 Lamintang, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, Citra Aditya Bakti: Bandung, 1997, hal 184.

unsur tidak terbukti dan unsur yang paling urgen untuk perbuatan pidana (ditilik dari sudut objektif) menurut Apeldoorn[365] adalah sifat melawan hukumnya. Jika tidak terbukti maka tak ada perbuatan pidana. Menurut penulis menyebabkan terdakwa harus dibebaskan. Selanjutnya, mencermati pendapat dari pendapat Satochid dan Lamintang tentang unsur-unsur delik di atas, maka pendapat Satochid yang memasukkan *toerekeningsvatbaarheid* sebagai unsur subjektif kurang tepat. Hal ini karena tidak semua *toerekeningsvatbaarheid* bersumber dari diri si pelaku, namun antara lain dapat bersumber dari *overmacht* atau *ambttelijk bevel* (pelaksanaan perintah jabatan). Sedang pendapat Lamintang, yang menjelaskan bahwa unsur subjektif adalah unsur yang melekat pada diri si pelaku adalah tepat, tetapi tetapi apa yang tersebut pada butir 2,3, dan 4 unsur subjektif, pada hakikatnya menurut penulis termasuk "kesengajaan" pula.

3. Macam-Macam Perbuatan Pidana

Dalam hukum pidana dikenal delik formil dan materiil. Yang dimaksud dengan delik formil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada perbuatan yang dilarang atau dengan kata lain melawan undang-undang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang di sini rumusan dari perbuatan jelas. Misalnya Pasal 362 tentang pencurian. Adapun delik materiil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada akibat yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang. Dengan kata lain, hanya disebut rumusan dari akibat perbuatan. Misalnya Pasal 338 tentang pembunuhan.[366]

Selain delik formil dan delik materiil yang seperti yang disebutkan di atas, di dalam KUHP itu, masih dikenal pembagian delik menurut rumusan yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang, yaitu:[367]

a. *doleuse delicten*, dan *culpose delicten*;
   - *doleuse delicten* adalah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan sengaja. Rumusan undang-undang mempergunakan

365 Apeldoorn, Op.cit.,.hal. 326

366 Ledeng Marpaung, Op.cit., hal. 8

367 Bambang Poernomo, Asas-Asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia: Jakarta, 1994, hal. 99-102.

kalimat "*opzettelijk*", akan tetapi juga dikenal sebagai perbuatan yang dilakukan karena "*dolus*" atau "*opzet*", seperti misalnya 338 KUHP.

- *culpose delicten* adalah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan kealpaan, atau "*Nalatigheid*" atau "*nachtzammheid*". Rumusan undang-undang mempergunakan kalimat schuld, seperti misalnya pasal 359.

b. *formeele delicten*, dan *materiile delicten*;
   - *formeele delicten* adalah ialah rumusan undang-undang yang menitikberatkan kelakuan yang dilarang dan diancam oleh undang-undang, seperti misalnya pasal 362 KUHP tentang pencurian.
   - *materiile delicten* adalah rumusan undang-undang yang menitikberatkan akibat yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang, seperti misalnya pasal 35 KUHP tentang penganiayaan.

c. *commisie delicten*, dan *ommisie delicten*;
   - *commisie delicten* adalah delik yang terjadi karena perbuatan seseorang, yang melanggar larangan untuk melakukan sesuatu.
   - *ommisie delicten* adalah terjadi karena sseseorang tidak berbuat sesuatu atau melanngar apa yang menjadi sebuah perintah.

d. *Zelfstandige delicten*, dan *voorgezette delicten*;
   - *Zelfstandige delicten* adalah delik yang berdiri sendiri yang terdiri atas satu perbuatan tertentu.
   - *voorgezette delicten* ialah delik yang terdiri atas beberapa perbuatan berlanjut.

e. *aflopende delicten* dan *voordurende delicten*;
   - *aflopende delicten* adalah delik-delik yang terdiri atas kelakuan untuk berbuat atau tidak berbuat dan delik telah selesai ketika dilakukan, seperti misalnya pasal pembunuhan, pengahsutan.

- *voordurende delicten* adalah delik yang terdiri atas melangsungkan atau membiarkan suatu keadaan yang terlarang, walaupun keadaan itu pada mulanya ditimbulkan untuk sekali perbuatan. Misalnya pasal 221 tentang menyembunyikan orang jahat, pasal 250 tentang mempunyai persediaan bahan untuk memalsukan mata uang.

f. *Enkelvoudige delicten*, dan *semengestelde delicten*;
   - *enkelvoudige delicten* mempunyai arti yang hampir mirip "*aflopende delicten*" yaitu delik yang selesai dengan suatu kelakuan.
   - *semengestelde delicten* adalah delik yang terdiri atas lebih dari satu perbuatan. Ada juga menyebut dengan "*collective delict*". Delik ini pada umumnya menyangkut kejahatan karena mata pencaharian atau karena kebiasaan atau karena pekerjaan, misalnya pasal480-481 tentang penadahan, pasal 512-512a tentang melakukan pekerjaan harus dengan kewenangan untuk pekerjaan itu atau praktik dokter tanpa izin, dan beberapa golongan "*bedrijfsdelicten*" atau "*beroepsdelictenn*" yaitu pasal-pasal 295, 296, 299, 303 mengenai kejahatan memudahkan perbuatan cabul, memberikan obat untuk pengguguran kandungan dan perjudian.

g. *eenvoudige delicten*, dan *gequalificeerde delicten*;
   - *eenvoudige delicten* adalah delik biasa, yang dilawankan dengan "*gekwalificeerde delicten*" yaitu delik yang mempunyai bentuk pokok yang disertai unsur yang meringankan.
   - *gequalificeerde delicten* antara lain tersebut dalam pasal 362 sebagai *eenvoudige delict* menjadi bentuk pasal 363 dengan disertai pemberatan pidana karena adanya syarat-syarat tertentu. Demikian juga pasal 365 terhadap pasal 362, pasal 374 terhadap pasal 372, pasal 264 terhadap pasal yang terdahulu mengatur pemberatan dari pasal yang kemudian.

Selanjutnya "*Geprivilegieerde delicten*" antara lain tersebut dalam pasal 341 lebih ringan daripada pasal 340 dan 339, pasal 308 lebih ringan daripada pasal 305 dan 306 dan lain sebagainya.

h. *politieke delicten*, dan *commune delicten*;
   - "*politieke delicten*" adalah delik yang dilakukan karena adanya unsur politik, yang dapat dibedakan menjadi:
     1. "*zuivere politieke delicten*" yang merupakan kejahatan "*hoogverrad dan "landverrad*" sebagaimana diatur dalam pasal 104-110 (penghianatan intern) dan pasal 121, 124, 126 (penghianatan ekstern);
     2. "*gemengde politieke delicten*" yang merupakan pencurian terhadap dokumen negara; dan
     3. "*connexe politieke delicten*" yang merupakan kejahatan menyembunyikan senjata.
   - *commune delicten* adalah delik yang ditujukan kepada kejahatan yang tidak termasu keamanan negara, misalnya penggelapan, pencurian, dan lain sebagainya.

i. *delicta propia*, dan *commune delicten*;
   - *delicta propia* ialah delik yang dilakukan hanya orang tertentu karena kualitas, misalnya delik jabatan dan delik militer.
   - *commune delicten* adalah delik yang dapat dilakukan oleh setiap orang pada umumnya.

j. delik yang ditentukan menurut kepentingan hukum yang dilindungi. Misalnya delik aduan, delik harta kekayaann, dan lain sebagainya.

C. TEORI KESALAHAN

Prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi berarti bahwa hanya orang yang bersalah saja yang dapat dikenakan pidana. Pasal 6 Undang-Undang No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan:

ayat (1) Tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan Pengadilan selain daripada yang ditentukan oleh undang-undang.

Ayat (2) Tidak seorang pun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggungjawab, telah bersalah atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya.

Berdasar Pasal 6 tersebut, maka dapat dikatakan bahwa untuk adanya pemidanaan harus ada kesalahan pada si pembuat/pelaku. Membicarakan unsur kesalahan dalam hukum pidana, maka harus melihat hubungannya dengan kebebasan kehendak. Mengenai hubungan antara kebebasan kehendak dengan ada atau tidaknya kesalahan, ada tiga pendapat yaitu:

1. **Indeterminis**. Pada dasarnya berpendapat bahwa manusia mempunyai kehendak bebas dan hal ini merupakan sebab dari segala keputusan kehendak. Tanpa ada kebebasan kehendak, maka tidak ada kesalahan, apabila tidak ada kesalahan maka tidak ada pencelaan sehingga juga tidak ada pemidanaan;
2. **Determinis**. Berpendapat bahwa pada dasarnya manusia tidak mempunyai kehendak bebas. Keputusan kehendak ditentukan sepenuhnya oleh watak (dalam arti nafsu-nafsu manusia dalam hubungan kekuatan satu sama lain) dan motif-motif yaitu perangsang-perangsang yang datang dari dalam atau dari luar manusia yang mengaktifkan watak tersebut. Hal ini berarti bahwa seseorang tidak dapat dicela atas perbuatannya atau dipersalahkan, karena ia tidak mempunyai kehendak bebas. Walaupun tidak mempunyai kehendak bebas, hal ini tidak berarti orang yang melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya. Hal ini karena justru dengan tidak adanya kebebasan kehendak, maka ada pertanggungan jawab dari seseorang atas perbuatannya. Tetapi reaksi atas perbuatan yang dilakukan tersebut berupa tindakan untuk ketertiban masyarakat dan bukan sanksi pidana dalam arti penderitaan.
3. Golongan ini berpendapat bahwa ada atau tidaknya kebebasan kehendak manusia untuk hukum pidana tidak menjadi soal, karena kesalahan seseorang tidak dihubungkan dengan ada atau tidaknya kehendak bebas.

Sebagai salah satu unsur dalam pemidanaan, kesalahan terdiri atas beberapa unsur yaitu:

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada pelaku. Hal ini berarti keadaan jiwa pelaku harus normal. Apakah orang tersebut (pelaku) menjadi "*norm addresat*" yang mampu;
2. Hubungan batin antara si pelaku dengan perbuatannya, baik berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*);
3. Tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak adanya alasan pemaaf. Meskipun unsur a dan b di atas ada, kemungkinan ada keadaan yang mempengaruhi si pelaku/pembuat sehingga kesalahannya menjadi hapus, misalnya dengan adanya kelampauan batas pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat 2 KUHP).

Untuk adanya kesalahan dalam arti seluas-luasnya, maka harus dinyatakan terlebih dulu bahwa perbuatan si pelaku/pembuat bersifat melawan hukum.

Membahas hukum pidana dengan segala aspeknya selalu menarik, berhubung sifat dan fungsinya yang istimewa. Hukum pidana sering dikatakan memotong dagingnya sendiri serta mempunyai fungsi ganda yaitu sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang rasional dan sebagai sarana kontrol sosial sebagaimana dilaksanakan secara spontan atau dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya.

Sudarto berpendapat bahwa pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Sedang Roeslan Saleh menyatakan bahwa pidana adalah reaksi atas delik dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik.[368]

D. KONSEPSI AJARAN SIFAT MELAWAN HUKUM PIDANA (*WEDERECHTELIJKHEID*)

Pada mulanya perkembangan sejarah hukum tentang ajaran sifat perbuatan melawan hukum *origin*-nya di negeri Belanda dan sangat berpengaruh terhadap perkembangan di Indonesia, karena berdasarkan asas konkordansi, kaidah hukum yang berlaku di negeri belanda akan

368 Muladi dan Barda Nawawi Arief, Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana, Bandung: Alumni,1984, hal. 2

berlaku juga di negeri jajahannya, termasuk Indonesia. Perkembangan tersebut adalah dengan bergesernya makna perbuatan melawan hukum, dari semula yang cukup kaku, kepada perkembangannya yang luas dan luwes dibanding periode antara tahun 1838-1919 dan periode sebelum tahun 1838. Sampai dengan kodifikasi *burgerlijk wetboek* (BW) di negeri Belanda pada tahun 1838, maka ketentuan seperti Pasal 1365 KUH Perdata di Indonesia saat ini tentu belum ada di belanda, karenanya kala itu, tentang perbuatan melawan hukum ini, pelaksanaanya belum jelas dan belum terarah. Setelah BW belanda dikodifikasi, maka mulailah berlaku ketentuan dalam Pasal 1401 (yang sama dengan Pasal 1365 KUH Perdata Indonesia) tentang perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*). Meskipun kala itu sudah ditafsirkan bahwa yang merupakan perbuatan melawan hukum, baik berbuat sesuatu (aktif berbuat) maupun tidak berbuat sesuatu (pasif) yang merugikan orang lain, baik yang di sengaja maupun yang merupakan kelalaian sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 1366 KUH Perdata Indonesia tetapi sebelum tahun 1919, dianggap tidak termasuk perbuatan melawan hukum jika perbuatan tersebut hanya merupakan tindakan yang bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan putusan masyarakat perihal memperhatikan kepentingan orang lain.[369]. Perkembangan tersebut terjadi dengan diterimanya penafsiran luas terhadap perbuatan melawan hukum oleh Hoge Raad (Mahkamah Agung) negeri Belanda, yakni penafsiran terhadap pasal 1401 BW Belanda, yang sama dengan ketentuan yang terdapat dalam pasal 1365 KUH Perdata Indonesia. Putusan *Hoge Raad* tersebut adalah terhadap kasus Lindenbaum versus Cohen.[370]

Selain itu, Di dalam ilmu hukum pidana mengenai ajaran sifat melawan hukum terbagi menjadi dua, yaitu:

1. Ajaran Sifat Melawan Hukum Formil

Apabila berbicara tentang "melawan hukum", jika sesuatu tindakan memenuhi syarat-syarat uraian delik. Jika hal itu terjadi, kita berurusan dengan definisi melawan hukum. Di sini pengertian melawan hukum dianggap sebagai suatu bentuk atau formil.[371]

369 Munir Fuady, Perbuatan Melawan Hukum: Pendekatan Kontemporer, Bandung: Citra Adiya Bakti, 2005, hal. 29.

370 Munir Fuady, Op cit., hal. 29-30.

371 Indriyanto Seno Adji, Korupsi: Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana, Jakarta: CV. Diadit Media, 2005,

Yang berpendapat formal adalah Simons yang mengatakan bahwa untuk dapat dipidananya perbuatan harus mencocoki rumusan delik yang tersebut dalam *wet*. Jika sudah demikian, biasanya tidak perlu lagi untuk menyelidiki apakah perbuatan melawan hukum atau tidak. Dengan kata lain Menurut Simons, sesuatu tindakan yang memenuhi semua unsur dari sesuatu ketentuan pidana yang bersifat melarang itu, hanya dapat dianggap sebagai tidak bersifat *wederrechtelijk*, yakni apabila orang dapat menemukan sesuatu dasar di dalam hukum positif untuk menganggap tindakan tersebut sebagai suatu kekecualian yang berlaku secara umum bagi semua ketentuan pidana yang bersifat melarang. Selanjutnya, Simons berkata tentang sifat melawan hukum yang material tidak dapat diterima, mereka yang menganut paham ini menempatkan kehendak pembentuk undang-undang yang telah ternyata dalam hukum positif, di bawah pengawasan keyakinan dari hakim pribadi. Meskipun betul harus diakui bahwa tidak selalu perbuatan yang mencocoki rumusan delik dalam *wet* adalah bersifat melawan hukum, akan tetapi perkecualian demikian itu hanya boleh diterima apabila mempunyai dasar dalam hukum positif.[372]

2. Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil

Vos seorang yang menganut pendirian yang material, memformulasikan perbuatan yang bersifat melawan hukum sebagai perbuatan yang oleh masyarakat. Formulasi Vos tersebut, dipengaruhi oleh Arrest HR Nederland tahun 1919, yang terkenal dengan nama Lindenbaum Cohen Arrest mengenai perkara perdata. Di situ HR Belanda mengatakan:

> "perbuatan yang melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) adalah bukan saja perbuatan yang bertentangan dengan *wet*, tetapi juga perbuatan yang dipandang dari pergaulan masyarakat tidak patut".[373]

Van Bemmelen berpendapat, bahwa adanya suatu "*materieele wederechtelijk*" itu adalah itu adalah sama dengan apabila kita berbicara tentang adanya suatu "*onrecmatigheid*" atau "sifat melawan hukum" di dalam hukum perdata, yaitu apabila di dalam sesuatu tindak pidana itu terdapat suatu tindakan yang bertentangan dengan kewajiban seseorang

hal. 406.

372 Moeljatno, Op.cit., hal. 143

373 Moeljatno, Op. cit., hal. 141

untuk juga memperhatikan kepentingan orang lain di dalam pergaulan bermasyarakat.[374]

Berkenaan dengan hal ajaran sifat melawan materiil, di Indonesia penganut paham tersebut adalah Moeljatno. Yang berpendapat kalau kita mengikuti pandangan yang material maka perbedaanya dengan pandangan yang formal adalah:

1. mengakui adanya pengecualian/penghapusan dari sifat melawan hukumnya perbuatan menurut hukum yang tertulis dan yang tidak tertulis; sedangkan pandangan formal hanya mengakui pengecualian yang tersebut dalam undang-undang saja. Misalnya Pasal 49. Pembelaan terpaksa (*noodwer*).
2. sifat melawan hukum adalah unsur mutlak dari tiap perbuatan pidana, juga bagi yang dalam rumusannya tidak menyebut unsur-unsur tersebut; sedang bagi pandangan yang formal, sifat tersebut tidak selalu menjadi unsur dari perbuatan pidana. Hanya jika dalam rumusan delik disebutkan dengan nyata-nyata, barulah menjadi unsur delik.[375]

Terlepas dari itu, wacana ajaran sifat melawan hukum pidana, kalau diteliti pasal-pasal KUHPidana dan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana diluarnya, maka ternyata bahwa ada pasal-pasal dan ketentuan yang mencantumkan kata melawan hukum dan ada juga yang tidak. Pada umumnya para ahli hukum pidana menyatakan, bahwa melawan hukum merupakan unsur-unsur tiap-tiap delik, dinyatakan secara eksplisit atau tidak.[376]

Di dalam pasal-pasal tertentu seperti, pasal 406 KUHPidana, juga terdapat kata-kata yang mengandung arti yang sama atau termasuk kategori itu, walaupun dengan pengertian sempit. Misalnya pasal 303, 548, 549, memakai istilah *zonder daartoe gerechtigd te zijn* (tanpa wenang; dengan tidak berhak untuk itu), pasal 496, 510 memakai kata-kata *zonder verlof* (tanpa izin), pasal 430 memakai kalimat *met over schrijding van zijn bevoegheid* (dengan melampaui batas kewenangannya), pasal 429 memakai kalimat *zonder in achtneming van de bij algemene verordening bepaalde vormen* (tanpa mengindahkan cara yang ditentukan di dalam peraturan umum). Sudah tentu istilah-istilah dan kalimat-kalimat itu

374 Lamintang, Op.cit., hal. 359.

375 Zainal Abidin Farid, Hukum Pidana 1, Jakarta: Sinar Grafika, 2007, hal. 239-240.

376 Zainal Abidin Farid, Op. cit., hal. 239-240.

mengandung sifat melawan hukum perbuatan yang lebih sempit artinya daripada istilah melawan hukum.[377]

Berkaitan dengan hal tersebut pasal 180 KUHPidana diterjemahkan oleh Lamintang dengan "Barang siapa yang dengan sengaja dan "secara tidak sah" menggali atau mengambil jenazah yang telah digali atau diambil, dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya satu tahun dan empat bulan atau dengan hukuman denda setinggi-tingginya empat ribu lima ratus rupiah". Perkataan secara tidak sah di sini tentunya berarti "tanpa hak" atau tanpa wewenang", oleh karena yang "berhak" atau "berwenang" berbuat demikian adalah keluarga atau ahli warisnya.[378]

Apa sebabnya sehingga tidak dicantumkan saja dalam tiap-tiap pasal KUHPidana?

Menurut Enschede dan Heijder, hal itu dilakukan oleh pembuat undang-undang, dalam beberapa hal:[379]

1. Bilamana dari rumus undang-undang, perbuatan yang tercantum sudah sedemikian wajar sifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu dinyatakan secara ekplisit;
2. Perbuatan melawan hukum berarti bahwa perbuatan seseorang melanggar atau bertentangan dengan kaidah materiil yang berlaku baginya, orang karena itu dengan sendirinya berarti bahwa memidana orang yang tidak melakukan perbuatan pidana adalah *onzinning*, tidak masuk di akal; sifat melawan hukumnya perbuatan merupakan syarat pemidanaan.

Suatu perbuatan baru dapat dikatakan tindak pidana, jika perbuatan itu juga bersifat melawan hukum. Bukan berarti tindak pidana yang tidak memuat perkataan "melawan hukum", tidak dapat bersifat melawan hukum. Sifat melawan hukumnya akan tersimpul dari unsur tindak pidana lain. Dengan demikian, "melawan hukum" dibuktikan sepanjang menjadi rumusan tindak pidana. Hal trersebut juga berdampak pada bunyi putusan. Dalam praktik umumnya, jika tidak terbuktinya "melawan hukum" hal ini menyebabkan putusannya lepas dari segala tuntutan hukum (*onstlaag van alle rechtvevolging*). Beberapa putusan pengadilan yang diteliti dalam buku Komariah Emong Sapardjaja[380]

377 Zainal Abidin Farid, Ibid.
378 Lamintang, Op. cit; 365.
379 Zainal Abidin. Ibid.
380 Komariah Emong Supardjaja, Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil Dalam Hukum Pidana Indonesia, Bandung:

memutuskan "lepas dari segala tuntutan hukum" terhadap terdakwa yang tidak terbukti sifat melawan hukum tindak pidana yang didakwakan terhadapnya. Dengan demikian, melawan hukum dipandang sebagai unsur tindak pidana, sekalipun tidak dirumuskan.

Selanjutnya, Komariah menyatakan sebagai berikut:

> Bahwa penetapan dalam isi rumusan tindak pidana mengharuskan adanya sifat melawan hukum atau dapat dicelanya perbuatan itu, tidak selalu dipenuhi dan karenanya juga tidak selalu dicantumkan, tetapi sebagai tanda tetap ada. Keberadaannya terlihat dari kelakuan-kelakuan tertentu, keadaan-keadaan tertentu, atau akibat-akibat tertentu yang dilarang atau yang diharuskan.[381]

Menurut Chairul Huda, peraktik peradilan sebagaimana dikemukakan di atas tidak lagi dapat dipertahankan. Tidak terbukti melakukan tindak pidana menyebabkan terdakwa diputus bebas. Baik ketika salah satu unsur tindak pidana yang didakwakan tersebut tidak terbukti (termasuk perkataan melawan hukum yang disebutkan secara tegas), maupun ketika tindak pidana yang di dakwakan tersebut terbukti tetapi dipandang tidak bersifat melawan hukum (melawan hukum menjadi unsur diam-diam). Dengan demikian, tidaklah perlu dibedakan tidak terbuktinya tindak pidana yang dipandang tidak bersifat melawan hukum. Tidak perlu dibedakan apakah melawan hukum sebagai *elementen* dan *bestandel.* Suatu perbuatan sekalipun mencocoki rumusan tindak pidana tetapi tidak bersifat melawan hukum tidak dapat dikatakan sebagai tindak pidana, sehingga lebih tepat jika terdakwanya kemudian dibebaskan. Dengan kata lain, termasuk diputus bebas, jika sifat melawan hukum suatu tindak pidana (yang menjadi unsur diam-diam) tidak terbukti.[382]

Sedangkan kalau melawan hukum hanya sebagai unsur (*element delict*), menurut Hazewinkel Suringa menyebut ciri (*kenmerk*), maka tidak perlu dicantumkan dalam dakwaan, dan tidak perlu dibuktikan. Dipandang unsur melawan hukum ada, sampai dibuktikan sebaliiknya, bahwa perbuatan itu tidak melawan hukum. Jadi putusannya ialah lepas dari segala tuntutan hukum.[383]

Alumni, 2002, hal. 136-148.

381 Komariah Emong Supardjaja, Op. cit; 23.

382 Chairul Huda, Op.cit., hal. 51-52.

383 Andi Hamzah, Op.cit., hal. 134.

Menanggapi hal tersebut di atas maka penulis memberikan sebagai contoh misalnya Pasal 338 KUHPidana tidak mengandung kata melawan hukum, namun setiap orang normal memandang bahwa menghilangkan nyawa orang lain adalah melawan hukum, tidak saja bertentangan dengan hukum, tetapi semua kaidah-kaidah sosial dan agama.

Dalam hal contoh di atas, dapatlah dimengerti apa maksud pembuat undang-undang dan alasan apakah pembuat undang-undang di dalam pasal tertentu mencantumkan kata melawan hukum secara tegas. Hal tersebut dapat dilihat di dalam *Memorie van Teolichting* (memori penjelasan *Wetboek van Strafrecht Nederland*), yang menyatakan bahwa dicantumkannya unsur itu secara tegas dalam beberapa pasal tertentu, oleh karena dipidananya orang yang melaksanakan haknya yang melakukan suatu "*strafbaar feit*" yang sesuai rumus atau uraian undang-undang. Dengan kata lain, bahwa dalam hal seseorang menggunakan haknya, maka unsur melawan hukum itu tidak ada. Namun perlu diingatkan bahwa melawan hukum tidak sama dengan tanpa hak. Hal tersebut memang termasuk melawan hukum, tetapi pengertiannya lebih sempit yang bersangkutan tidak mempunyai hak, atau hukum subjektif.[384]

Dari apa yang telah dijelaskan di atas, menurut hemat penulis, sifat melawan hukum adalah merupakan sebuah *bestandeel delict*, jika sifat melawan hukumnya tidak terbukti menyebabkan terdakwa lepas dari segala tuntutan hukum. Selanjutnya, setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 25 Juli 2006, dalam hal penerapan ajaran sifat melawan hukum pidana khususnya dalam penerapannya dalam tindak pidana korupsi saling tumpang tindih dan tidak ada kepastian hukum dan keadilan mengingat dalam hal hukum pidana yang diatur di dalam KUHP masih banyak pasal yang menganut sifat melawan hukum materiil. Misalnya, berkenaan dengan melawan hukum pada penipuan (Pasal 378 KUHP). Kita mendapat kesukaran, apabila hendak mencari ketentuan tertulis sebagai sumber sifat melawan hukum yang terkandung dalam maksud menguntungkan diri si penipu dengan melawan hukum, artinya penipu tidaklah berhak untuk mendapatkan keuntungan dari perbuatan mengggerakkan agar orang menyerahkan benda tertentu. Amatlah sulit mencari dasar tertulis adanya kesadaran penipu bahwa ia tidak berhak mendapatkan keuntungan dari perbuatan menggerakkan misalnya

384 Andi Hamzah, Ibid.

dengan mengatakan dirinya adalah pemilik benda yang dijualnya padahal bukan pemilik (menggunakan kedudukan palsu). Ketentuan yang menyatakan tercelanya perbuatan bukan pemilik yang mengaku sebagai pemilik hanyalah di dapat dalam kesadaran hukum masyarakat, bukan pada bahan-bahan tulisan.

1. Unsur-Unsur Sifat Melawan Pidana Hukum di Dalam Delik

Dalam hal wacana mengenai unsur-unsur sifat melawan hukum di dalam delik, kalau diteliti pasal-pasal KUHPidana dan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana diluarnya, maka ternyata bahwa ada pasal-pasal dan ketentuan yang mencantumkan kata melawan hukum dan ada juga yang tidak. Pada umumnya para ahli hukum pidana menyatakan, bahwa melawan hukum merupakan unsur-unsur tiap-tiap delik, dinyatakan secara eksplisit atau tidak.

Dapatlah dimengerti bahwa perbedaan paham mengenai ajaran sifat melawan hukum dan apakah sifat melawan hukum merupakan unsur-unsur setiap delik adalah tidak terlepas dari paham apa yang mereka anut.[385]

Menurut Jan Rammelink[386]adanya unsur melawan hukum juga harus dibuktikan. Sebagaimana telah kita lihat, hanya merupakan unsur delik sepanjang disebutkan dengan tegas dalam peraturan perundang-undangan. Jadi, ia harus disebutkan secara eksplisit dalam atau rumusan ketentuan pidana. Lagi pula karena suatu perbuatan (tindakan) diancam dengan pidana justru karena perbuatan tersebut tidak dikehendaki (terjadi) oleh hukum, maka harus dianggap sebagai ciri atau karakteristik dari tiap delik, sifat (unsur) melawan hukum. Sekali lagi, perundang-undangan Belanda berangkat dari anggapan bahwa barang siapa yang melakukan suatu perbuatan yang dilarang perundang-undangan (hukum) pidana berarti ia melakukan tindak pidana, dan dengan demikian bertindak secara melawan hukum.

Menurut Adami Chazawi[387] dari sudut pengertian tindak pidana sebagai perbuatan yang dilarang oleh undang-undang yang disertai

385 Satochid Kartanegara, Op. cit; 420.

386 Rammelink Jan, Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2003, hal. 192.

387 Adami Chazawi, Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi, Bandung: Alumni, 2008, hal. 290.

ancaman pidana pada barang siapa yang melanggar larangan tersebut, sifat tercelanya sudah terkandung pada setiap perbuatan semacam itu walaupun tidak selalu unsur melawan hukum tersebut secara tegas dicantumkan dalam rumusan tindak pidana.

Berkaitan dengan itu, menurut Hart[388] membagi norma hukum ke dalam peraturan-peraturan primer dan peraturan sekunder. Peraturan primer terkait dengan tindakan-tindakan yang harus atau tidak boleh dikerjakan oleh individu. Sedangkan peraturan sekunder menentukan bagaimana tentang pelanggaran atasnya bisa secara pasti ditetapkan. Sejalan dengan pendapat Hart, Beccaria pernah mengatakan, hanya undang-undanglah yang boleh menentukan perbuatan mana sajakah yang dapat dipidana, sanksi-sanksi apakah dan atas perbuatan-perbuatan mana pula dapat dijatuhkan, dan bagaimanakah tepatnya peradilan pidana harus terjadi.[389]

Dari apa yang telah dijelaskan di atas menurut hemat penulis bahwa unsur-unsur melawan hukum di dalam delik meskipun tidak secara tegas menyebutkan sifat melawan hukumnya (unsur melawan hukum diam-diam), akan tetapi perlu dibuktikan. Alasan penulis, apabila tidak secara tegas dicantukan kata melawan hukum unsur berarti unsur melawan hukumnya suatu perbuatan adalah apa yang menjadi suatu larangan, baik perintah untuk melakukan sesuatu atau pun larangan untuk melakukan sesuatu yang terkandung di dalam setiap norma hukum.

E. TEORI PENYERTAAN (*DEELNEMING*)

1. Pengertian *Deelneming*

Kata *deelneming* berasal dari kata *deelnemen* (Belanda) yang diterjemahkan dengan kata "menyertai" dan *deelneming* diartikan menjadi "penyertaan".[390]

Prof. Satochid Kartanegara mengartikan *deelneming* apabila dalam satu delik tersangkut beberapa orang atau lebih dari satu orang.[391]

Lebih tepat jika *deelneming* diartikan suatu delik yang dilakukan

388 H.L.A. Hart, The Concept Of Law, Clarendo Press-Oxpord: New York, 1997, diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh M. Khozim dengan judul, Konsep Hukum, Bandung: Nusa Media, 2009, hal. 147.

389 Roeslan Saleh, Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif, Jakarta: Aksara Baru, 1983, 27.

390 M.E. Tair & H. Van der Tas, Kamus Bahasa Belanda, Indonesia-Belanda, Jakarta: Timun Mas, 1957.

391 Satochid, op.cit., hal. 497

lebih dari satu orang yang dapat dipertanggungjawabkan. Hal ini terkait dengan pertanggungjawaban.

Menurut doktrin, *deelneming* menurut sifatnya terdiri atas:

a. *deelneming* yang berdiri sendiri, yakni pertanggungjawaban dari tiap peserta dihargai sendiri-sendiri;

b. *deelneming* yang tidak berdiri sendiri, yakni pertanggungjawaban dari peserta yang satu digantungkan pada perbuatan peserta yang lain.[392]

KUHP tidak menganut pembagian *deelneming* menurut sifatnya.

Deelneming diatur dalam Pasal 55 dan 56 KUHP. Untuk jelasnya, perlu dicermati pasal-pasal tersebut. Pasal 55 KUHP berbunyi:

"(1) Dihukum sebagai pelaku suatu tindak pidana:

1. mereka yang melakukan, menyuruh melakukan, atau turut melakukan perbuatan itu;
2. mereka yang dengan memberi, menjanjikan sesuatu, salah memakai kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, paksaan atau ancaman atau penyesatan atau dengan memberikan kesempatan, ikhtiar atau keterangan, sengaja membujuk supaya perbuatan itu dilakukan.

(2) Tentang orang-orang yang disebutkan belakangan, hanyalah perbuatan yang dibujuk dengan sengaja yang diperhitungkan, beserta akibat-akibatnya."

Pasal 56 KUHP berbunyi:

"Sebagai pembantu melakukan kejahatan dihukum:

1. mereka yang dengan sengaja membantu waktu kejahatan dilakukan;
2. mereka yang dengan sengaja memberi kesempatan, ikhtiar atau keterangan untuk melakukan kejahatan itu."

Berdasarkan rumusan Pasal 55 KUHP dan Pasal 56 KUHP tersebut, terdapat 5 peranan pokok, yakni:

1. orang yang melakukan (*dader or doer*)
2. orang yang menyuruh melakukan (*doenpleger*)
3. orang yang turut melakukan (*mededader*)
4. orang yang sengaja membujuk (*uitlokker*)
5. orang yang membantu melakukan (*medeplichtige*).

392 Ibid., hal. 498

Agar kelima hal tersebut lebih jelas, perlu dicermati dengan saksama.[393]

2. Orang Yang Melakukan Delik (*Dader*/*Doer*)

Dalam kamus Bahasa Belanda, kata *dader* diartikan pembuat. Kata *dader* berasal dari kata *daad* yang artinya "membuat".[394] Akan tetapi, dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia tidak tercantum kata pembuat melainkan kata "pelaku' yang artinya antara lain:

> "(1) orang yang melakukan suatu perbuatan; (2) pemeran, pemain (sandiwara dan sebagainya); (3) yang melakukan suatu perbuatan."[395]

Dalam bahasa Inggris pelaku disebut dengan *doer*. Dengan demikian, terjemahan *dader* dengan "pembuat" adalah tidak tepat.

Yang dimaksud dengan "pelaku" (*dader/doer*) adalah orang yang memenuhi semua unsur delik sebagaimana dirumuskan oleh undang-undang, baik unsur subjektif maupun unsur objektif. Umumnya, "pelaku" dapat diketahui dari jenis delik, yakni:

a. delik formil, pelakunya adalah barang siapa yang telah memenuhi perumusan delik dalam undang-undang;
b. delik materiil, pelakunya adalah barang siapa yang menimbulkan akibat yang dilarang dalam perumusan delik;
c. delik yang memuat unsur kualitas atau kedudukan, pelakunya adalah barang siapa yang memiliki unsur kedudukan atau kualitas sebagaimana yang dirumuskan. Misalnya, dalam kejahatan jabatan, pelakunya adalah pegawai negeri.

Dader dalam pengertian luas adalah yang dimuat dalam M.v.T. pembentukan Pasal 55 KUHP, yang antara lain mengutarakan:

> "Yang harus dipandang sebagai *dader* itu bukan saja mereka yang telah menggerakkan orang lain untuk melakukan delik melainkan juga mereka yang telah menyuruh melakukan dan mereka yang turut melakukan."[396]

Secara umum, para pakar berpendapat bahwa pelaku adalah orang yang memenuhi semua unsur dari perumusan delik. Para pakar

393 Laden Marpaung, Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana, Cet.II; Jakarta: Sinar Grafika, 2005, hal. 77-78
394 M.E. Tair & H. Van der Tas, op.cit.
395 Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 2001.
396 Lamintang, Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, Bandung: Sumur Batu, 1983, hal.70

memperdebatkan tentang penentuan "pelaku" karena rumusan Pasal 55 KUHP merumuskan "sebagai pelaku". Memang ada perbedaan antara "pelaku" dengan "sebagai pelaku". Namun, pada penerapannya terutama pada pertanggungjawabannya, telah diatur oleh undang-undang sehingga pada hakikatnya tidak bermanfaat untuk diperdebatkan.

3. Orang yang Menyuruh Melakukan (*Doenpleger/ manusdomina*)

Ajaran ini disebut *middelijkedaderschap* karena diartikan sabagai *dader* tidak langsung, artinya seseorang berkehendak untuk melakukan suatu delik, tidak melakukan sendiri, tetapi menyuruh orang lain yang tidak dapat dipertanggungjawabkan. Orang yang disuruh disebut *manus ministra*, yang oleh Prof. Satochid Kartanegara disebut *onmiddelijk dader*. *Manus ministra* oleh peraturan perundang-undangan tidak dapat dihukum. Misalnya, karena hal-hal yang tercantum dalam Pasal 44 KUHP.

Yurisprudensi Mahkamah Agung, yang dimuat dalam Putusan Nomor 137 K/Kr/1956 tanggal 1-12-1956, antara lain memuat:

> "Makna dari "menyuruh melakukan" (*doenplegen*) suatu tindak pidana sebagaimana dimaksud oleh Pasal 55 ayat (1) sub. 1 KUHP, syaratnya menurut ilmu hukum pidana adalah bahwa orang yang disuruh itu tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap perbuatannya dan oleh karena itu, tidak dapat dihukum."

Rumusan "tidak dapat dipertanggungjawabkan" dan "tidak dapat dihukum" merupakan pedoman para pakar dalam menentukan orang yang disuruh melakukan delik tersebut. Prof. Simons mengutarakan bahwa orang yang disuruh tersebut harus memenuhi syarat-syarat tertentu, yakni:

1. apabila orang yang disuruh melakukan tindak pidana itu adalah seseorang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan seperti yang dimaksud dalam Pasal 44 KUHP
2. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana mempunyai *dwaling* atau suatu kesalahpahaman mengenai unsur tindak pidana yang bersangkutan;
3. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana itu sama sekali tidak mempunyai unsur *schuld*, baik *dolus* maupun *culpa*, atau pun apabila orang tersebut tidak memenuhi unsur

opzet seperti yang telah disyaratkan oleh undang-undang bagi tindak pidana tersebut;

4. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana itu tidak memenuhi unsur *oogmerk*, padahal unsur tersebut telah disyaratkan di dalam rumusan undang-undang mengenai tindak pidana di atas;
5. apabila orang yang disuruh melakukan tindak pidana itu telah melakukan di bawah pengaruh suatu *overmacht* atau di bawah pengaruh suatu keadaan yang memaksa dan terhadap paksaan itu orang tersebut tidak mampu memberi perlawanan.
6. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana dengan iktikad baik telah melaksanakan suatu perintah jabatan, padahal perintah jabatan tersebut diberikan oleh seorang atasan yang tidak berwenang memberikan perintah semacam itu;
7. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana itu tidak mempunyai suatu sifat tertentu, seperti yang telah disyaratkan oleh undang-undang, yakni suatu sifat yang harus dimiliki oleh pelaku sendiri".[397]

4. Orang yang Turut Melakukan (*Mededader*)

Dalam kamus Belanda-Indonesia, Indonesia-Belanda, kata *mede* identik dengan *ook* yang dalam bahasa Indonesia artinya "juga". Jadi, *mededader* berarti "*dader* juga".[398] Prof. Satochid Kartanegara menerjemahkan *mededader* dengan "turut melakukan", Lamintang dengan "pelaku penyerta" atau "turut melakukan", Mr. M.H. Tirtaatmidjaja menerjemahkannya dengan kata "bersama-sama".

Antara kata "turut melakukan" dengan kata "bersama-sama" pada hakikatnya tidak ada perbedaan. Namun pada umumnya, dalam pengertian sehari-hari cenderung istilah "bersama-sama".

Prof. Satochid Kartanegara berpendapat bahwa untuk adanya mededader harus dipenuhi 2 (dua) syarat, yakni:

a. harus ada kerja sama secara fisik;
b. harus ada kesadaran kerja sama.

Selanjutnya Prof. Satochid Kartanegara mengutarakan:

397 Ibid., hal. 583
398

> "Mengenai syarat kesadaran kerja sama itu dapat diterangkan bahwa kesadaran itu perlu timbul sebagai akibat pemanfaatan yang diadakan oleh para peserta. Akan tetapi, sudah cukup dan terdapat kesadaran kerja sama apabila para peserta pada saat mereka melakukan kejahatan itu sadar bahwa mereka bekerja sama."[399]

Pendapat Prof. Satochid Kartanegara di atas mirip dengan Memorie van Toelichting, yang berbunyi sebagai berikut:

> "Yang membedakan seorang *mededader* dari *medeplichtige* adalah bahwa orang yang disebut pertama itu secara langsung telah ikut mengambil bagian dalam pelaksanaan suatu tindak pidana yang telah diancam dengan hukuman oleh undang-undang, atau telah secara langsung turut melakukan perbuatan atau turut melakukan perbuatan yang menyelesaikan tindak pidana yang bersangkutan; sedang orang yang disebut terakhir itu hanyalah memberi bantuan untuk melakukan seperti dimaksud di atas."[400]

Mr. M.H. Tirtaamidjaja menjelaskan "bersama-sama", antara lain sebagai berikut:

> "Suatu syarat mutlak bagi bersama-sama melakukan" adalah adanya "keinsafan bekerja sama" antara orang-orang yang bekerja bersama-sama itu. Dengan perkataan lain, mereka itu secara timbal balik harus mengetahui perbuatan mereka masing-masing. Dalam sementara itu, tidak diperlukan bahwa lama sebelum perbuatan itu telah diadakan suatu persetujuan antara mereka. Persetujuan antara mereka tidak lama sebelum pelaksanaan pelanggaran pidana itu, telah cukup bagi adanya suatu keinsafan kerja sama. Orang-orang yang bersama-sama melakukan pelanggaran pidana itu, timbal balik bertanggung jawab bagi perbuatan bersama, sekedar perbuatan itu terletak dalam lingkungan sengaja bersama-sama."

Contoh:

A dan B bermufakat untuk mencuri di rumah C, jika perlu dengan melakukan kekerasan. Mereka berdua memasuki rumah si C tersebut dan mencuri beberapa barang. Saat mereka melakukan pencurian itu, si C terbangun, A menyerang si C dan melukainya dengan sebuah

399 Satochid, op.cit., hal. 568
400 Lamintang, op.cit., hal. 559

golok. B tidak turut serta menyerang si C. C kemudian meninggal dunia karena luka-luka tadi. Dalam hal ini, B turut bertanggung jawab tentang melakukan kekerasan itu meskipun ia tidak turut serta melakukannya.[401]

Berdasarkan penjelasan di atas, jelas bahwa setiap orang yang bersama-sama melakukan suatu tindak pidana bertanggung jawab sepenuhnya atas segala akibat yang timbul dalam ruang lingkup kerja sama tersebut. Apabila akibat terjadi di luar lingkup kerja sama, masing-masing bertanggung jawab sendiri-sendiri atas perbuatannya, Misalnya:

A,B,C dan D bersepakat untuk mencuri di rumah P. A dan B akan memasuki rumah P. C menjaga di depan rumah, sedang D ditugaskan untuk menjaga dan memasuki rumah dari belakang. Pada saat D memasuki rumah dari belakang, ia melihat seorang perempuan sedang tidur sedemikian rupa sehingga timbul niatnya untuk memperkosa perempuan itu, kemudian ia memperkosanya.

Terhadap perbuatan D tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada A,B, dan C, karena hal itu tidak lagi dalam ruang lingkup kerja sama mereka. Dengan perkataan lain, terhadap D dibebankan tanggung jawab pemerkosaan yang dilakukannya.

5. Orang yang Sengaja Membujuk (Uitlokker)

Hal itu diatur dalam Pasal 55 ayat (1) sub.2 (ke-2) yang berbunyi sebagai berikut:

> "Mereka yang dengan pemberian, perjanjian, salah memakai kekuasaan atau derajat (martabat) dengan paksaan, ancaman atau tipu atau dengan memberikan kesempatan, ikhtiar atau keterangan, dengan sengaja membujuk supaya perbuatan itu dilakukan.

Sebagian pakar berpendapat bahwa *uitlokking* di atas termasuk *deelneming* yang berdiri sendiri.

Uitlokking adalah setiap perbuatan yang menggerakkan orang lain untuk melakukan suatu perbuatan terlarang dengan menggunakan cara dan daya upaya yang ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2.

Menurut doktrin, oorang yang menggerakkan orang lain untuk melakukan tindak pidana disebut *actor intelectualis* atau *intelectueel dader* atau *provocateur* atau *uitlokker*.

Orang yang sengaja membujuk (*uitlokker*) dengan orang yang menyuruh (*doenpleger*) memiliki persamaan, yakni sama-sama

401 Tirtaamidjaja, Pokok-Pokok Hukum Pidana, Jakarta: Fasco, 1955, hal. 97-98

menggerakkan orang lain. Adapun perbedaannya adalah:

a. pada pertanggungjawaban, yakni pada *doenplegen* si pelaku tidak dapat dipertanggungjawabkan, sedang pada *uitlokking* si pelaku dapat dipertanggungjawabkan;
b. cara-cara menggerakkan orang lain (pelaku) tersebut, pada *uitlokking* ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP, sedang pada *doenplegen* tidak ditentukan.

Berdasarkan rumusan Pasal 55 ayat (1) ke-2, dapat diketahui unsur-unsur *uitlokking* (membujuk) sebagai berikut:

a. kesengajaan si pembujuk ditujukan pada dilakukannya delik tertentu oleh yang dibujuk;
b. membujuk orang itu dilakukan dengan cara-cara yang ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP;
c. orang yang dibujuk itu sungguh-sungguh telah terbujuk untuk melakukan delik tertentu;
d. orang yang dibujuk, benar-benar telah melakukan delik, setidak-tidaknya melakukan percobaan.

Untuk memahami dengan seksama persepsi masing-masing unsur di atas, maka perlu dicermati satu per satu:

a. Kesengajaan si pembujuk ditujukan pada dilakukannya delik tertentu oleh yang dibujuk.

   Hubungan langsung kesengajaan tersebut dapat dilihat pada kutipan ini:

   "...harus adanya hubungan langsung antara "sengaja membujuk' dan "delik" yang benar-benar dilakukan (oleh yang dibujuk) itu tidaklah bararti harus adanya *identiteit* (kesamaan) penuh antara delik yang dikehendaki oleh yang membujuk supaya dilakukan dan delik yang benar-benar dilakukan tersebut. Jadi, baik ditinjau dari sudut fakta maupun ditinjau dari sudut yuridis, tidak perlu ada *indentiteit* penuh itu. A sengaja membujuk B seorang masinis kapal untuk menenggelamkan sebuah kapal. B melakukan perbuatan menenggelamkan kapal itu bersama-sama dengan orang lain. Jadi, ada turut melakukan tanpa A mengetahui terlebih dahulu. Biarpun demikian, A juga dihukum karena sengaja membujuk penenggelaman kapal.[402]

402 E. Utrecht, Hukum Pidana II, Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1987, hal. 46

b. Membujuk orang itu dilakukan dengan cara-cara yang ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP.
Cara-cara dimaksud adalah:

1) Pemberian
Bentuk pemberian tesebut dapat berupa uang, benda, atau hak atas suatu barang tertentu.

2) Perjanjian
Perjanjian lebih luas dari pemberian karena selain dapat menjanjikan uang, benda atau hak atau barang tertentu, juga dapat berupa pangkat, kedudukan bahkan berbagai hubungan.

3) Salah memakai kekuasaan (*misbruik van gezag*)
Kekuasaan yang dimaksud di sini adalah kekuasaan yang dimiliki seseorang terhadap orang lain yang dapat berupa kekuasaan dalam lingkungan jabatan, atau dapat juga berupa kekuasaan orang tua terhadap anak. Mengenai "kekuasaan", tidak dapat terlepas dari "atasan" dan "bawahan" atau "majikan" dan "pekerja" (pegawai atau buruh). E. Utrecht menyebut "dalam hubungan dinas", tetapi sesungguhnya lebih tepat "hubungan kerja" karena kata "dinas" seolah-olah berarti jabatan pemerintahan.

4) Menyalahgunakan jabatan atau martabat
Lamintang menerjemahkan *misbruik van gezag* dengan "menyalahgunakan keterpandangan", sedang E. Utrecht, menerjemahkannya dengan "salah memakai pengaruh". Hal ini merupakan kekhususan di dalam masyarakat Indonesia, yaitu masih ditemuinya feodalisme dan berbagai aliran religius yang memandang tinggi kepada orang-orang yang mempunyai kedudukan, misalnya bangsawan atau keturunan raja, kasta tertinggi, pemimpin atau pengurus agama, kepala desa, camat, dan lain-lain.

5) Kekerasan
Kekerasan yang dimaksud di sini adalah kekerasan fisik yang lunak, yakni kekerasan yang sifatnya sedemikian rupa sehingga tidak termasuk kekerasan yang tidak dapat dielakkan, karena jika demikian si pelaku menjadi

overmacht dan karenanya bukan *uitlokking* yang terjadi melainkan *doenplegen*.

6) Ancaman

Ancaman ini termasuk kekerasan tetapi lebih bersifat psikis, yang dalam hal ini (*uitlokking*) juga merupakan hal yang dapat dielakkan sehingga tidak termasuk *overmacht*.

7) Tipu (*misleiding*)

E. Utrecht sangat tepat menjelaskan hal "tipu daya" ini, antara lain sebagai berikut.

"Tipu daya terjadi apabila si pembujuk menimbulkan kecenderungan pada seseorang (yang dibujuk) untuk berbuat pelanggaran, disebabkan keterangan palsu (yang memberi gambaran salah tentang suatu keadaan) yang oleh si pembujuk disampaikan kepada orang itu. Andai kata keterangan palsu tersebut tidak disampaikan kepada yang dibujuk, maka yang dibujuk tidak akan berbuat melanggar itu.

Keterangan palsu itu menimbulkan pada yang dibujuk rasa iri hati, rasa takut, rasa benci, dan rasa balas dendam yang semuanya akan terjelma dalam satu perbuatan melanggar.[403]

8) Memberikan Kesempatan, Ikhtiar, atau Keterangan.

Kesempatan, misalnya seorang pembantu tidak mengunci salah satu jendela, agar orang lain dapat masuk ke rumah; Ikhtiar yaitu sarana, misalnya meminjamkan sepucuk senjata; keterangan, misalnya memberitahu bahwa nanti malam majikannya tidak berada di rumah.

c. *Orang yang dibujuk itu sungguh-sungguh telah terbujuk untuk melakukan delik tertentu.*

d. Orang yang dibujuk benar-benar telah melakukan delik, setidak-tidaknya melakukan percobaan.

Orang yang dibujuk tersebut memenuhi beberapa persyaratan sebagai pelaku (*dader/doer*). Dengan demikian, terhadap percobaan (*poging*), orang yang dibujuk juga tidak dikecualikan. Hal ini sesuai dengan pendapat *Hoge Raad* yang tercantum pada *arrest* tanggal 2 Januari 1933, N.J. 1933, No. 12582, yang berbunyi:

403 E. Utrecht, Op.cit., hal. 55

> "Suatu *uitlokking* itu juga dapat dihukum walaupun perbuatan pelaku materiilnya itu hanya menghasilkan suatu percobaan yang dapat dihukum".

Sering dipermasalahkan, sajauh mana tanggung jawab si pembujuk dan sejauh mana tanggung jawab orang yang dibujuk.

Hal ini sebenarnya tidak perlu dipermasalahkan karena si pembujuk jelas-jelas menghendaki direalisasikan atau diwujudkan kehendaknya, misalnya A dibujuk untuk membunuh si B, Bukan si C. Jika si C yang terbunuh, pelakunya adalah A (yang dibujuk membunuh si B). Dengan demikian, matinya si C jelas merupakan tanggung jawab si A karena si pembujuk tidak pernah membicarakan kematian C.

Lain halnya, jika A selaku orang yang dibujuk hendak membunuh B, tetapi karena meleset, tembakan mengenai diri C. Dalam hal ini si pembujuk dapat dipertanggungjawabkan terhadap percobaan pembunuhan terhadap B. Adapun terhadap kematian C, si pembujuk tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban.

> Hal di atas sesuai dengan rumusan Pasal 55 ayat (2) yang berbunyi: "Orang-orang yang disebut belakangan, yang boleh dipertanggungjawabkan padanya hanyalah perbuatan yang dibujuk dengan sengaja oleh mereka itu serta akibat perbuatannya."

Berdasarkan rumusan Pasal 55 ayat (2) KUHP, perbuatan orang yang dibujuk, selain dari yang dibujuk adalah di luar tanggung jawab petunjuk. Misalnya: A membujuk si B agar mencuri jasnya si C dengan janji akan diberikan Rp. 1.000.000,00. Pada saat B melakukan pencurian, ia kepergok oleh pembantu C bernama D. Karena kepergok, B menikam D dengan sebilah pisau. Dalam kasus tersebut, A tidak bertanggung jawab terhadap penikaman (penganiayaan) terhadap D.

6. Membantu (*Medeplictigheid*)

Membantu melakukan kejahatan diatur dalam Pasal 56 KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

"Sebagai pembantu melakukan kejahatan dihukum:

1. mereka yang dengan sengaja membantu saat kejahatan itu dilakukan.
2. mereka yang dengan sengaja memberi kesempatan, ikhtiar atau keterangan untuk melakukan kejahatan itu."

Dalam memahami Pasal 56 KUHP, perlu diperhatikan lebih dahulu rumusan Pasal 57 ayat (4) KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

> "Untuk menentukan hukuman bagi pembantu, hanya diperhatikan perbuatan yang dengan sengaja memudahkan atau diperlancar oleh pembantu itu serta akibatnya."

Yang dimaksud rumusan "dengan sengaja memudahkan" adalah perbuatan yang memudahkan si pelaku untuk melakukan kejahatan tersebut, yang dapat terdiri atas berbagai bentuk atau jenis, baik materiil atau inmateriil. Dalam hal ini, perlu diperhatikan pendapat Mr. M.H. Tirtaamidjaja, yang menyatakan:

> "...suatu bantuan yang tidak berarti tidak dapat dipandang sebagai bantuan yang dapat dihukum."[404]

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, dimuat arti kata "membantu", yaitu:

1. tolong...,
2. penolong..., membantu, memberi sokongan...."[405]

Dengan demikian, perbuatan membantu tersebut sifatnya menolong atau memberi sokongan. Dalam hal ini, tidak boleh merupakan perbuatan pelaksanaan. Jika telah melakukan perbuatan pelaksanaan, pelaku telah termasuk *mededader,* bukan lagi membantu.

Mengenai rumusan "sengaja", dalam hal ini telah cukup jika yang bersangkutan mengetahui bahwa apa yang dilakukannya itu akan memudahkan pelaksanaan kejahatan itu atau apa yang dilakukannya berhubungan dengan kejahatan yang akan dilakukan.

Prof. Simons menyatakan bahwa "membantu" harus memenuhi dua unsur, yakni unsur objektif dan subjektif. Hal tersebut diutarakan sebagai berikut.

"Perbuatan seseorang yang membantu itu dapat disebut telah memenuhi unsur yang bersifat objektif apabila perbuatan yang telah dilakukannya tersebut memang telah ia maksudkan untuk mempermudah atau untuk mendukung dilakukannya suatu kejahatan. Dalam hal seorang yang membantu telah menyerahkan alat-alat untuk melakukan kejahatan kepada seorang pelaku, namun ternyata alat-alat tersebut tidak digunakan oleh si pelaku, yang membantu tersebut juga tidak dapat dihukum.

404 Tirtaamidjaja, op.cit., hal. 104

405 Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 2001

Perbuatan seseorang yang membantu dapat disebut memenuhi unsur yang bersifat subjektif apabila si pembantu memang mengetahui bahwa perbuatannya itu dapat mempermudah atau dapat mendukung dilakukannya suatu kejahatan...."[406]

Semua yang telah dibicarakan di atas adalah "membantu" suatu kejahatan dengan perbuatan yang bersifat aktif. Adakalanya perbuatan "membantu" dilakukan tanpa berbuat atau bersifat pasif. Hal ini dapat terjadi jika seseorang berkewajiban untuk berbuat tetapi "tidak berbuat", misalnya petugas ronda sengaja tidak melakukan ronda agar maling dapat masuk ke rumah A, atau penjaga gudang, walaupun barang di gudang diambil orang, ia diam saja tanpa berusaha melarang atau mencegah.

Ada perbuatan "membantu" yang dianggap oleh KUHP sebagai perbuatan atau delik yang berdiri sendiri, antara lain seperti yang dimuat dalam Pasal 106, Pasal 107, Pasal 108, Pasal 110, Pasal 236, dan Pasal 237 KUHP.

Pertanggungjawaban dari "membantu" diatur dalam Pasal 57 KUHP yang berbunyi"

(1) Maksimun hukuman pokok yang diancamkan atas kejahatan, dikurangi sepertiga bagi si pembantu.
(2) Jika kejahatan itu dapat dihukum dengan hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup, maka dijatuhkan hukuman penjara selama-lamanya lima belas tahun.
(3) Hukuman tambahan untuk kejahatan dan membantu melakukan kejahatan itu, sama saja.
(4) Untuk menentukan hukuman bagi pembantu hanya diperhatikan perbuatan yang dengan sengaja memudahkan atau diperlancar oleh pembantu itu serta akibatnya,

F. TEORI PERCOBAAN (ATTEMP/POGING)

Percobaan tindak pidana adalah tidak selesainya perbuatan pidana karena adanya faktor eksternal, namun si pelaku ada niat dan adanya permulaan perbuatan pidana.[407] Dengan perkataan lain, percobaan tindak pidana

406 Lamintang, op.cit., hal. 620

407 Jaih Mubarak, Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah, Bandung: Bani Quraisy, 2004, hal. 177. Dalam hal percobaan melakukan kejahatan, di dalam hukum pidana islam lebih menekankan pada jarimah yang telah selesai dan

adalah tidak selesainya perbuatan pidana karena adanya faktor eksternal, namun si pelaku ada niat dan adanya permulaan perbuatan pidana.[408]

Perbuatan-perbuatan tersebut adakalanya telah dilakukan dan adakalanya tidak selesai karena ada sebab-sebab dari luar. Suatu perbuatan yang tidak selesai ini dalam hukum positif disebut perbuatan percobaan. Kitab Undang-undang Hukum Pidana telah membuat "percobaan untuk melakukan kejahatan" atau "*poging tot misdrijf*" itu sebagai suatu perbuatan yang terlarang dan telah mengancam pelakunya dengan suatu hukuman.[409]

Menurut Wirjono Prodjodikoro bahwa "pada umumnya kata percobaan atau *poging* berarti suatu usaha mencapai suatu tujuan, yang pada akhirnya tidak atau belum tercapai".[410]

Menurut R. Soesilo, percobaan yaitu menuju kesesuatu hal, akan tetapi tidak sampai pada hal yang dituju itu, atau hendak berbuat sesuatu, sudah dimulai, akan tetapi tidak selesai, misalnya bermaksud membunuh orang, orang-orangnya tidak mati, hendak mencuri barang, tetapi tidak sampai dapat mengambil barang itu.[411] Demikian juga Jonkers menyatakan bahwa "mencoba berarti berusaha untuk mencapai sesuatu, tetapi tidak tercapai".[412]

Pasal 53 KUHP merumuskan:

(1). Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.

---

belum selesai. Berkenaan dengan hal tersebut, di kalangan fuqaha nampak adanya pembahasan tentang percobaan melakukan "jarimah mustahil" yang terkenal di kalangan sarjana-sarjana hukum positif dengan nama "oendeug delijke poging" (percobaan tak terkenan = as-syuru fi al Jarimah almustahilah), yaitu suatu jarimahyang tidak mungkin terjadi (mustahil) karena alat-alat yang dipakai untuk melakukannya tidak sesuai, seperti orang yang mengarahkan senjata kepada orang lain dengan maksud untuk membunuh, tetapi ia sendiri tidak tahu bahwa senjata itu tidak ada pelurunya atau ada kerusakan bagian-bagiannya, sehingga orang lain tersebut tidak meninggal. Atau boleh jadi karena barang perkara (voonverp) yang menjadi objek perbuatannya tidak ada, seperti orang yang menembak orang lain dengan maksud untuk membunuhnya, sedangkan sebenarnya orang tersebut telah meninggal sebelumnya. Lihat, Ahmad Hanafi, Asas-Asas Hukum Pidana Islam, Jakarta: Bulan Bintang, 1990, hal. 1.

408 Jaih Mubarak dan Enceng Arif Faizal, Op.cit., hal. 177.

409 PAF., Lamintang, Op.cit., hal. 510.

410 Wirjono Prodjodikoro, Op.cit., hal. 97.

411 R. Soesilo, Op.cit., hal. 69.

412 J.E., Jonkers, Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht),terj. Tim Penerjemah Bina Aksara, "Hukum Pidana Hindia Belanda", Jakarta: PT. Bina Aksara, 1987, hal. 155.

(2). Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dalam hal percobaan dikurangi sepertiga.
(3). Jika kejahatan diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.
(4). Pidana tambahan bagi percobaan sama dengan kejahatan selesai.[413]

Dalam undang-undang tidak dijumpai definisi atau pengertian tentang apa yang dimaksud dengan percobaan (*poging*) dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP di atas, tidaklah merumuskan perihal pengertian mengenai percobaan, melainkan merumuskan tentang syarat-syarat (3 syarat) untuk dapat dipidananya bagi orang yang melakukan percobaan kejahatan (*poging tot misdrijf*). Pengertian menurut tata bahasa tersebut di atas tidaklah dapat digunakan sebagai ukuran dari percobaan (melakukan kejahatan) sebagaimana dalam hukum pidana. Menurut hukum pidana untuk terjadinya percobaan (kejahatan) sehingga dapat dipidana mempunyai ukuran yang khusus dan lain dari ukuran percobaan menurut arti tata bahasa.[414]

Ukuran percobaan menurut arti tata bahasa hanyalah salah satu aspek saja dari percobaan sebagaimana yang dikenal dalam hukum pidana. Satu aspek itu ialah bahwa dalam percobaan melakukan kejahatan yang dapat dipidana, si pembuat telah memulai melakukan perbuatan yang perbuatan mana tidak menjadi selesai, berupa aspek yang sama dengan pengertian pertama menurut tata bahasa tersebut di atas. Tetapi dalam hukum pidana, untuk dapatnya dipidana bagi si pembuat pencoba kejahatan tidaklah cukup demikian, tetapi jauh lebih luas baik dari sudut subjektif si pembuat maupun sudut objektif perbuatannya yang walaupun baru dimulai tersebut.

Tentang syarat untuk dapat dipidananya pembuat percobaan kejahatan dirumuskan dalam pasal 53 ayat (1) yakni:

"*Poging tot misdrijf, wanneer het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaar en de uitvoering allen*

413 Moeljatno, KUHP, Jakarta: PT Bumi Aksara, 2003, hal. 24. Berkenaan dengan percobaan Dalam Pasal 45 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Mesir dijelaskan tentang pengertian percobaan yaitu mulai melaksanakan suatu perbuatan dengan maksud melakukan (jinayahatau janhah), tetapi perbuatan tersebut tidak selesai atau berhenti karena ada sebab yang tidak ada sangkut pautnya dengan kehendak pelaku.. Ahmad Wardi Muslich, Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayah, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hal. 60. Bandingkan konsep percobaan pidana inonesia dan pidana percobaan dengan negara islam, Misalnya Mesir.

414 R. Soesilo, Op.cit., hal.70.

ten gevolge van omstandigheden van zijnen wil onafhankelijk, niet is voltooid".[415] Oleh BPHN diterjemahkan: "Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri".[416]

Jadi ada 3 syarat[417] yang harus dipenuhi, ialah:

1. adanya niat;
2. adanya permulaan pelaksanaan;
3. pelaksanaan tidak selesai yang bukan disebabkan karena kehendaknya sendiri.

Dengan merumuskan Pasal 53 (1) ini maka pembebanan pertanggungan jawab menjadi diperluas, dan dengan demikian diperluas pula tentang dapat dipidananya si pembuat. Hal ini adalah kebalikan dari pembatasan dapat dipidananya perbuatan, seperti pada alasan-alasan penghapus pidana (*strafuitsluitingsgronden*) baik menurut rumusan undang-undang, maupun di luar undang-undang (contoh kehilangan sifat melawan hukumnya perbuatan secara materiil).[418]

Di dalam konteks kajian percobaan dalam hukum pidana dikenal istilah *Ondeugdelijke Poging*[419], Menurut Loebby Loqman "*ondeugdelijke*

415 P.A.F. Lamintang, Op.cit., hal. 153.

416 Ibid., hal. 154.

417 Mengenai sebab mengapa Undang-undang merumuskan tersendiri tentang syarat-syarat untuk dapatnya dipidana pada percobaan kejahatan, ialah karena menurut bunyi rumusan semua tindak pidana, pembuatnya dipidana apabila tindak pidana itu telah selesai diwujudkan,artinya dari perbuatan yang dilakukan si pembuat semua unsur tindak pidana telah terpenuhi. Pembentuk Undang-undang merasa perlu pula membebani tanggung jawab pidana dengan mengancam pidana pada si pembuat yang belum sepenuhnya mewujudkan tindak pidana secara sempurna sebagaimana yang dirumuskan Undang-undang. Adapun alasannya, dapat dilihat dari 2 (dua) sudut, ialah bahwa walaupun kejahatan itu tidak terselesaikan secara sempurna: (1) pada orang yang mempunyai niat (voornemen) jahat untuk melakukan kejahatan yang telah memulai melaksanakannya (sudut subjektif); dan atau (2) pada wujud perbuatan nyata dari orang itu yang berupa permulaan pelaksanaan (sudut objektif) dari suatu kejahatan; dipandang telah membahayakan suatu kepentingan hukum yang dilindungi Undang-undang. Agar niat jahat orang itu tidak berkembang lebih jauh dengan diwujudkan sedemikian rupa ke dalam pelaksanaan sehingga pelaksanaan menjadi selesai sempurna, maka untuk pencegahannya kepada orang seperti itu telah patut diancam pidana. Mengancam pidana pada percobaan, menurut Jonkers adalah bertujuan untuk pemberantasan kehendak yang jahat yang ternyata dalam perbuatan-perbuatan dan perlindungan terhadap hukum, yang diancam dengan bahaya. Ibid., hal. 155.

418 Ibid., hal. 74.

419 Ada beberapa terjemahan "ondeugdelijke poging" kedalam bahasa Indonesia. Buku van Bemmelen diterjemahkan dengan "percobaan yang tidak cocok". Sedangkan Satochid Kartanegara menterjemahkan dengan "percobaan yang tidak sempurna". Lihat, Loebby Loqman, Percobaan, Penyertaan dan Gabungan Tindak Pidana, Jakarta: UPT Penerbitan, 1995, hal.35. Wirjono Prodjodikoro menterjemahkan dengan "percobaan

poging" (percobaan tidak mampu) adalah suatu perbuatan meskipun telah ada perbuatan yang dianggap permulaan pelaksanaan. Akan tetapi oleh karena sesuatu hal, bagaimanapun perbuatan yang diniati itu tidak mungkin akan terlaksana. Atau dengan kata lain, suatu perbuatan yang merupakan percobaan, akan tetapi melihat sifat dari peristiwa itu, tidak mungkin pelaksanaan perbuatan yang diniati akan terlaksana sesuai dengan harapannya.[420]

Ada dua penyebab tidak sempurnanya percobaan tersebut. Yang pertama karena "sarananya" yang tidak sempurna dan yang kedua mungkin karena "sasarannya" tidak sempurna. Masing-masing ketidak sempurnaan tersebut ada dua macam, yakni tidak sempurna secara mutlak dan tidak sempurna secara nisbi.

Untuk lebih jelasnya diberikan contoh secara terperinci sebagai berikut:

1. a. Ketidaksempurnaan sarana secara mutlak (*absoluut ondeugdelijke middel*).

   Misalnya, A ingin membunuh B dengan menggunakan racun *arsenicum*. Pada saat B lengah A memasukkan "*arsenicum*" ke dalam minuman B. Akan tetapi B tetap hidup karena ternyata yang dimasukkan ke dalam minuman B bukan *arsenicum*, akan tetapi gula pasir.

   b. Ketidaksempurnaan sarana secara nisbi (*relatieve ondeugdelijke middel*).

Peristiwanya seperti di atas, akan tetapi A memberikan racun *arsenicum* ke dalam minuman B dalam dosis yang tidak mencukupi agar B dapat mati.

2. a. Ketidak sempurnaan sasaran secara mutlak (*absoluut ondeugdelijke object*)

   A ingin membunuh B. Pada suatu malam A masuk ke kamar tidur B dan menikam B. Ternyata bahwa B telah meninggal dunia sebelum

secara tidak tepat". Lihat, Wirjono Prodjodikoro, Op.cit., hal. 102. Menurut, PAF. Lamintang menterjemahkan dengan "percobaan yang tidak sempurna". P.A.F. Lamintang, op.cit., hal. 553. Sedangkan Leden Marpaung menterjemahkan dengan "percobaan yang tidak berfaedah". Lihat, Leden Marpaung, Op.cit., hal. 96. Muljatno menterjemahkan dengan "Percobaan Yang Tidak Mampu". Moeljatno, Delik-Delik Percobaan, Delik-Delik Penyertaan, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985, hal. 42. Demikian pula Barda Nawawi Arief menterjemahkan dengan "percobaan tidak mampu", ini sama dengan terjemahan Moeljatno. Barda Nawawi Arief, , Sari Kuliah Hukum Pidana II, Semarang: Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fak. Hukum UNDIP, 1999. hal. 18.

420 Loebby Loqman, Op.cit., hal. 35.

ditikam A. Dalam hal ini A tidak mengetahui karena kamar tidur B yang gelap. Jadi A telah menikam mayat.

b. Ketidaksempurnaan sasaran secara nisbi (*relatieve ondegdeulijke object*).

A ingin membunuh B. B mengetahui bahwa dirinya terancam oleh A sehingga B selalu keluar rumah dengan mengenakan "rompi" anti peluru di dalam bajunya. Ketika terjadi penembakan oleh A, meskipun mengenai dada B, karena mengenakan rompi anti peluru, B tidak mati.

Contoh lainnya, brankas yang pada umumnya berisi uang, yang pada umumnya pencuri yang membongkar brankas dapat mengambil uang didalamnya (pencurian). Tetapi dalam keadaan tertentu, misalnya siang harinya uang telah digunakan untuk pembayaran gaji pegawai, sehingga brankas itu kosong. Maka malam hari pencuri membongkar brankas tersebut, tidak dapat menyelesaikan pencurian. Jadi brankas dalam keadaan kosong adalah objek yang tidak sempurna relatif.

Pada contoh peristiwa di atas, pembuat telah menjalankan perbuatan perusakan brankas, dan oleh karena itu telah terdapat permulaan pelaksanaan dari pencurian yang untuk masuk ke tempat melakukan kejahatan atau sampai pada barang yang diambil dengan merusak (363 KUHP), atau juga telah dapat dipidana karena perusakan benda (406 KUHP). Dalam kasus seperti contoh di atas, Hoge Raad telah memberikan sesuatu yang penting, ialah sebagaimana dalam pertimbangan hukum *arrest*nya (25-8-1931) yang menyatakan bahwa "kenyataan bahwa di dalam laci penjualan itu tidak terdapat uang, tidak menghapus kenyataan tentang adanya suatu percobaan untuk melakukan pencurian dengan kekerasan".

Selain itu, pada alat yang tidak sempurna mutlak, tidaklah dapat melahirkan tindak pidana. Melakukan perbuatan dengan maksud mewujudkan kejahatan, dengan menggunakan alatnya yang tidak sempurna mutlak, maka kejahatan itu tidak terjadi, dan tidak mungkin terjadi. Misalnya menembak musuhnya dengan bedil yang lupa mengisi pelurunya, maka secara mutlak pembunuhan tidak mungkin terjadi. Oleh karena itu, percobaannya juga tidak mungkin terjadi. Syarat-syarat yang ditentukan dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP tidak mungkin ada dalam alat yang tidak sempurna mutlak.

Dalam hal percobaan tidak mampu karena objeknya yang tidak mampu mutlak, MvT WvS Belanda menerangkan[421] bahwa "syarat-syarat umum percobaan menurut Pasal 53 KUHP yaitu syarat-syarat percobaan untuk melakukan kejahatan tertentu dalam buku II KUHP. Jika untuk terwujudnya kejahatan tertentu tersebut diperlukan adanya objek, maka percobaan melakukan kejahatan itu pun harus ada objeknya. Kalau tidak ada objeknya, maka tidak ada percobaannya".

Dengan keterangan dari MvT tersebut, tampak dengan jelas bahwa jika tidak ada objek kejahatan, karena objeknya tidak sempurna mutlak, maka tidak mungkin adanya kejahatan, dan dengan demikian maka tidak mungkin pula ada percobaannya. Jikalau percobaannya tidak ada, maka tidak perlu memperpanjang persoalan yang sesungguhnya tidak ada.

Oleh karena itu, dapat ditarik kesimpulan bahwa dari apa yang diterangkan dalam MvT tersebut, bahwa percobaan tidak mampu itu hanya ada pada alat yang tidak sempurna saja, dan tidak pada objeknya yang tidak sempurna.

Bahwa perbedaan percobaan tidak mampu dengan percobaan mampu baik karena alatnya maupun objeknya yang tidak sempurna, baik secara mutlak maupun secara relatif hanya ada menurut mereka yang berpandangan objektif. Bagi mereka yang menganut ajaran percobaan subjektif tidak mengenal pemisahan antara percobaan mampu dengan yang tidak mampu, karena bagi penganut ajaran subjektif dasar dapat dipidananya percobaan kejahatan itu terletak pada sikap batin yang jahat yang membahayakan kepentingan hukum yang dilindungi. Seperti Van Hamel penganut ajaran subjektif yang mengatakan bahwa "ada perbuatan pelaksanaan, jika dari apa yang telah dilakukan, sudah ternyata kepastiannya niat untuk melakukan kejahatan".[422]

Nyatalah untuk mencari jawaban mengenai suatu objek atau alat dalam percobaan mampu atau tidak mampu, atau apakah mutlak atau relatif, ataukah tidak dapat dipidana atau dapat dipidana, bergantung daripada bagaimana cara menafsirkannya. Tentang bagaimana para ahli menafsirkan peristiwa-peristiwa tertentu apakah masuk percobaan mampu atau tidak mampu (relatif atau absolut), atau dapat dipidana atau tidak dapat dipidana, dapat diikuti pendapat beberapa di antara mereka di bawah ini.

421 MvT (Memorie van Toelichting/memori penjelasan undang-undang), WvS (Wet boek van Straftrecht/Kitab Undang-Undang Hukum Pidana)

422 Moeljatno, Delik-Delik Percobaan, Delik-Delik Penyertaan, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985, hal. 22.

Dalam hubungan ini Simons menerangkan bahwa "percobaan yang mampu ada apabila perbuatan dengan menggunakan alat tertentu dapat membahayakan benda hukum (*rechts goed*). Tetapi jika dipakai alat yang menurut keadaannya yang normal kejahatan tidak dapat timbul, di situ juga tidak ada percobaan yang mampu. Meskipun demikian jika ternyata, alat yang pada umumnya (misalnya gula) tidak berbahaya, tetapi dalam keadaan tertentu (bagi pengidap penyakit gula) dapat membahayakan orang itu, padahal dengan sengaja alat ini dipakai, maka sangkaan tidak berbahayanya alat (gula) tadi menjadi hapus manakala dibuktikan sebaliknya.[423]

Bagi Pompe melihatnya dengan dasar yang agak lain, di mana beliau mengatakan bahwa "ada percobaan mampu apabila perbuatan dengan memakai alat yang mempunyai kecenderungan (*strekking*) atau menurut sifatnya (*naar haar aard*) mampu untuk menimbulkan penyelesaian kejahatan yang dituju. Sifat yang demikian ini tidak ada dalam hal percobaan yang tidak mampu absolut, seperti pada contoh orang mencoba membunuh orang dengan mendoakan dia secara terus-menerus supaya mati, yang pada contoh ini doa tidak mempunyai sifat yang cenderung mampu menimbulkan kematian orang. Demikian juga pada contoh orang yang mencoba meracun dengan gula dan soda. Bagi beliau, untuk menentukan relatif ataukah absolutnya ketidakmampuan itu, tidak memandangnya dari sudut abstraknya saja, akan tetapi harus dipandang dari sudut konkret berhubung dengan perbuatan dalam keadaan seluruhnya kejadian.

Atas dasar pandangan Pompe ini, maka contoh orang yang dengan maksud membunuh musuhnya, yang sebelumnya datang ke apotek untuk membeli *arsenicum* yang karena kekeliruan pegawainya telah memberikan gula, yang kemudian orang itu memasukkan pada minuman yang disuguhkan pada musuhnya, sehingga tidak menimbulkan kematian, tidaklah boleh dipandang dari sudut gulanya semata, tetapi harus dipandang dari seluruh kejadiannya. Dari pandangan ini, maka pada peristiwa ini telah ada percobaan yang dapat dipidana. Tampaknya Pompe telah mengambil sikap dalam menghadapi persoalan mampu dan tidak mampunya percobaan itu atas dasar tidak murni abstrak dan juga tidak murni konkret, sebab, jika berpandangan murni abstrak (tidak dihubungkan pada keadaan konkret ternyata gula), *arsenicum* adalah

423 Adami Chazawi, Pelajaran Hukum Pidana Bagian 3, Jakarta: PT raja Grafindo Persada, 2002. hal. 53.

mutlak menimbulkan kematian, maka gula tidak menimbulkan kematian. Tetapi jika dipandang murni konkret, yakni gula, maka gula adalah alat yang tidak mampu menimbulkan kematian. Tidak demikian jika dilihat dari seluruh kejadian dalam peristiwa itu, mulai dari timbulnya niat membunuh dengan membeli *arsenicum* di apotek (yang keliru diberikan gula), yang kemudian mencampurkannya pada minuman dan seterusnya dipandang telah cukup membahayakan nyawa orang itu, di sini menurut beliau telah terjadi percobaan pembunuhan. Sebenarnya pandangan Pompe ini berpijak dari ajaran percobaan subjektif, yang mementingkan sikap batin si pembuat, sebagaimana ternyata dari rangkaian perbuatan yang dilakukan orang itu telah membuktikan secara kuat adanya niat untuk membunuh.[424]

Pandangan Pompe ini lemah, karena jika dilihat dari syarat dipidananya percobaan kejahatan pada Pasal 53 ayat (1) KUHP. Perbuatan demikian tidak dapat lagi disebut pelaksanaan tidakselesai, tetapi telah selesai penuh, hanya akibat saja yang tidak timbul berhubung alatnya yang mutlak tidak sempurna. Sedangkan dalam hal ini tidak ada kejahatan selesai, mengingat akibat tidak timbul. Syarat mutlak pembunuhan, harus timbulnya akibat kematian.

Jonkers dalam hal melihat percobaan itu sebagai tidak selesainya tindak pidana karena suatu keadaan yang tidak tergantung daripada kehendak si pembuat, maka dalam hal percobaan tidak mampu yang alatnya tidak sempurna relatif, seperti pada contoh kejahatan menembak boneka dari lilin (yang dikira orang yang dituju), dan contoh melakukan pengguguran kandungan pada perempuan (yang ternyata) tidak sedang hamil, walaupun dalam hal ini tidak akan terjadi tindak pidana selesai, bukan berarti tidak ada percobaan.[425]

Lain lagi Van Hattum. Menurut beliau dalam menghadapi persoalan percobaan tidak mampu yang dapat dipidana atau tidak dapat dipidana dengan menggunakan ajaran adekuat kausal, yang penting ialah bagaimana caranya kita mem*formulering* perbuatan si pembuat dalam menggeneralisir perbuatan itu sedemikian rupa untuk dapat ditentukan apakah perbuatan itu adequat menimbulkan akibat yang dapat dipidana ataukah tidak. Beliau memberikan contoh: orang hendak membunuh musuhnya dengan bedil. Bedil itu diisinya dengan peluru,

424 Ibid., hal. 53-54.
425 J.E. Jonkers, Op.cit., hal. 165.

kemudian diletakkan di suatu tempat. Tanpa diketahuinya, ada orang lain mengosongkan bedil itu. Ketika musuhnya itu lewat, bedil diambil dan ditembakkan pada musuhnya, tapi tidak meletup, karena tidak ada mesiunya. Dalam hal ini keadaan-keadaan konkret haruslah di*formulering* sedemikian rupa, namun tidak semua keadaan konkret masuk dalam pertimbangan. Keadaan konkret yang terjadi secara kebetulan tidak perlu dimasukkan dalam pertimbangan. Dalam contoh ini, keadaan konkret yang kebetulan ialah adanya orang yang mengosongkan bedil, hal ini tidak perlu dimasukkan dalam pertimbangan. Dengan demikian maka pada kejadian ini, dapat di*formulering* sebagai berikut: "mengarahkan bedil yang sebelumnya telah diisi peluru kepada musuhnya dan menembaknya adalah adekuat untuk menimbulkan kematian.[426] Dengan *formulering* demikian, maka pada si pembuat dalam peristiwa ini dapat dipidana.

Mengenai persoalan tentang mampu atau tidak mampunya percobaan, menurut Moeljatno tidak dapat dipecahkan melalui teori adekuat kausal oleh karena dalam kenyataannya tiap-tiap pengertian adalah tidak adekuat kausal, yaitu karena pada kenyataannya tidak menimbulkan akibat yang dituju. Menurut hemat beliau, untuk memecahkan persoalan ini, kita harus kembali kepada dasar dapat dipidananya delik percobaan, ialah pada sifat melawan hukumnya pada perbuatan. Dengan demikian persoalan yang pada hakikatnya masuk dalam lapangan hubungan kausal janganlah dipandang secara kausatif, hal mana ternyata tidak memuaskan tapi harus dipandang secara normatif.

Dengan demikian, maka pertanyaannya ialah apakah perbuatan yang dilakukan terdakwa dipandang dari segi kemungkinan mendekatkan pada kejahatan yang dituju, bersifat melawan hukum ataukah tidak. Jika bersifat melawan hukum, maka percobaan ini adalah percobaan yang mampu, dan karenanya dapat dipidana.

Pandangan Moeljatno ini dapatlah dimengerti, karena beliau memandang percobaan itu juga sebagai tindak pidana (delik) sebagaimana juga istilah yang digunakan beliau dengan delik percobaan, di mana syarat untuk dipidananya pembuat delik adalah sama dengan syarat untuk dipidananya percobaan yaitu perbuatan si pembuat bersifat melawan hukum (*wedderechtelijk*).

Dalam hal menghadapi persoalan percobaan mampu dan percobaan tidak mampu baik karena objeknya atau alatnya yang tidak

426 Moeljatno, Op.cit.,hal. 50

sempurna, dengan melihat pada kenyataan apakah dengan alat atau objek dalam keadaan senyatanya itu mungkin terjadi kejahatan selesai ataukah tidak. Apabila dalam hal alat atau objeknya tidak sempurna, yang karena sifat atau alatnya sedemikian rupa sehingga tidak mungkin terjadinya kejahatan selesai, maka demikian juga tidak ada percobaannya. Percobaan itu hanyalah mungkin ada pada perbuatan-perbuatan yang baik mengenai objek dan dengan alatnya pada keadaan konkretnya dapat menyelesaikan kejahatan. Apabila tidak, maka tidak mungkin ada percobaannya. Perbuatan meracun (yang ternyata dengan gula), menembak musuh dengan bedil yang ternyata tidak ada pelurunya, karena tidak mungkin dapat menimbulkan kejahatan selesai, maka dalam hal yang demikian tidaklah mungkin ada percobaannya. Tetapi meracun dengan gula baru dapat dipidana, apabila memenuhi syarat-syarat yaitu adanya kesengajaan baik terhadap gula, terhadap objeknya (diketahui orang itu sakit gula), maupun terhadap akibat dari pengidap penyakit gula yang meminum gula. Hal yang terakhir ini pun adalah juga kenyataan konkret yang harus menjadi pertimbangan dalam menilai si peracun gula tersebut. Apabila syarat subjektif yang diobjektifkan ini tidak dipenuhi, maka terhadap orang itu tidak dapat dipidana.

Lain halnya pada kejahatan yang dilakukan dengan menggunakan cara tertentu dalam hal alat atau objek yang tidak sempurna, bila cara itu telah dilakukan, di sini ada percobaan, walaupun dengan alat atau objek yang tidak sempurna itu pada kenyataannya tidak mungkin menimbulkan kejahatan. Pada kejadian-kejadian seperti ini, dipakai ukuran lain yang telah lazim, ialah bila cara itu telah dilakukan, walaupun perbuatan yang menjadi larangan belum diperbuat, dengan telah menyelesaikan cara tersebut, di sini telah terjadi percobaan. Contohnya telah merusak brankas untuk mencuri, ternyata isinya kosong atau telah memanjat atap dan masuk melalui genteng untuk mencuri di sebuah rumah, yang ternyata rumah kosong. Di sini telah terjadi percobaan yang dapat dipidana (363 juncto 53 KUHP).

1. Sanksi Terhadap Percobaan

Dalam hal sanksi terhadap percobaan, hal ini diatur dalam Pasal 53 ayat (2) dan ayat (3) yang berbunyi:

(2) Maksimun hukuman pokok atas kejahatan itu dalam hal percobaan dikurangi dengan sepertiga.
(3) Kalau kejahatan itu diancam dengan hukuman mati atau penjara seumur hidup, maka dijatuhkan hukuman penjara paling lama lima belas tahun.

Hukuman bagi percobaan sebagaimana diatur dalam Pasal 53 ayat (2) dan (3) KUHP dikurangi sepertiga dari hukuman pokok maksimum dan paling tinggi lima belas tahun penjara.

2. Percobaan yang Tidak Diancam dengan Sanksi

Tidak semua percobaan melakukan kejahatan diancam dengan sanksi. Ternyata KUHP mencantumkan hal tersebut dengan membuat rumusan bahwa percobaan untuk melakukan tindak pidana tertentu tidak dapat dihukum, antara lain:

a. Pasal 184 ayat (5) KUHP, percobaan melakukan perkelahian tanding antara seseorang lawan seseorang;
b. Pasal 302 ayat (4) KUHP, percobaan melakukan penganiayaan ringan terhadap binatang;
c. Pasal 351 ayat (5) KUHP dan Pasal 352 ayat (2), percobaan melakukan penganiayaan dan penganiayaan ringan;
d. Pasal 54 KUHP, percobaan melakukan pelanggaran, tidak boleh dihukum.

3. Percobaan sebagai Delik Tersendiri

Hal ini bermakna bahwa percobaan disamakan dengan delik. Dalam KUHP dirumuskan bahwa percobaan merupakan delik, antara lain:

1. Pasal-pasal 104-107, 139 a, dan 139 b KUHP, yakni mengenai makar. Hal ini dirumuskan dalam Pasal 87 KUHP yang berbunyi:
   " Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan apabila niat untuk itu sudah nyata dengan permulaan melakukan perbuatan itu, seperti dimaksud dalam Pasal 53."
2. Pasal-pasal 110, 116, 125, dan 139 c KUHP, yakni tentang permufakatan jahat. Hal ini dirumuskan oleh Pasal 88 KUHP yang berbunyi:

"Dikatakan ada permufakatan jahat apabila dua orang atau lebih bersama-sama sepakat akan melakukan kejahatan itu." [427]

G. TEORI PERTANGGUNG JAWABAN PIDANA

Di dalam kitab undang-undang hukum pidana (KUHP) di seluruh dunia pada umumnya tidak mengatur tentang kemampuan bertanggung jawab. Yang diatur ialah kebalikannya, yaitu ketidakmampuan bertanggung jawab, seperti Pasal 44 KUHPidana Indonesia, yang masih memakai rumusan Pasal 37 lid 1 W.v.S. Nederland tahun 1886 yang berbunyi: "Tidak dapat dipidana ialah barang siapa yang mewujudkan suatu peristiwa, yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, sebab kekurangsempurnaan atau gangguan sakit kemampuan akalnya".[428]

Berkenaanan dengan hal tersebut, oleh karena itu, dalam hal pertanggungjawaban pidana adalah mengenakan celaan terhadap pembuat karena perbuatannya yang melanggar larangan atau menimbulkan keadaan yang terlarang. Selanjutnya Chairul Huda menyatakan bahwa pertanggungjawaban pidana karenanya menyangkut proses peralihan celaan yang ada pada tindak pidana kepada pembuatnya. Mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana adalah meneruskan celaan yang sama objektif ada pada perbuatan pidana secara subjektif terhadap pembuatnya.[429]

Berbicara tentang pertanggungjawaban pidana maka tidak dapat dilepaskan dengan tindak pidana. Walaupun di dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk masalah pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya menunjuk pada dilarangnya suatu perbuatan.

Dalam masalah pertanggungjawaban pidana di dalam doktrin dikenal dengan indeterminisme dan determinisme.[430] Persoalan ini

427 Laden Marpaung., Op.cit, hal. 97-98.

428 Zainal Abidin Farid, Op. cit; hal. 260.

429 Chairul Huda, Op. cit., hal. 69.

430 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, 2005: 62-64. Bandingkan dengan teori pertanggung jawaban pidana Islam menurut Abdul Qadir Daudah yang membagi teori pertanggungjawaban pidana dalam islam sebagai berikut: (a) Teori materialisme (nazariyyahmad-diyyah). Menurut teori ini, hukum dapat dijatuhkan atas setiap perbuatan dan pelaku, tanpa memperhatikan sifat dan kondisi pelaku. Dengan teori, semuanya dapat dihukum baik anak-anak, orang gila, hewan, benda mati, bahkan manusia yang telah meninggal sekalipun bisa dijatuhi hukuman. (b). Teori tradisionalisme (mazhab taqlid). Menurut teori ini, seorang

muncul sebagai akibat pertentangan pendapat antara aliran klasik (dan neo klasik) dengan aliran modern. Aliran klasik mengutamakan kebebasan individu dengan konsekuensi diterimanya kehendak bebas dari individu. Pendirian mengenai kebebasan individu ini diragukan oleh aliran modern yang membuktikan melalui psikologi dan psikiatri bahwa tidak setiap perbuatan manusia itu dapat dipertanggungjawabkan padanya, misalnya saja pada orang gila. Malahan Bonger yang mengikuti aliran lingkungan menyatakan, sebenarnya manusia itu ditentukan oleh lingkungan di sekitarnya. Aliran klasik menganut paham indeterminisme mengatakan, manusia itu, dapat menentukan kehendaknya dengan bebas, meskipun sedikit banyak juga ada faktor lain yang mempengaruhi penentuan kehendaknya, yaitu keadaan pribadi dan lingkungannya, tetapi pada dasarnya manusia mempunyai kehendak yang bebas. Sebaliknya aliran modern menganut paham determinisme, dan mengatakan bahwa manusia sama sekali tidak dapat menentukan kehendaknya secara bebas. Kehendak manusia untuk melakukan sesuatu ditentukan oleh beberapa faktor, antara lain yang terpenting adalah faktor lingkungan dan pribadi. Dalam menentukan kehendaknya manusia tunduk pada sebab akibat, yaitu faktor-faktor penyebab yang berada di luar kekuasaan manusia. Faktor-faktor penyebab yang berada di luar kemampuan manusia. Faktor pribadi pun tunduk pada faktor keturunan dan selanjutnya di dalam hidupnya faktor lingkungan memegang peranan yang sangat penting. Oleh karena itu, secara ekstrem beberapa ahli penganut aliran determinisme tidak mengakui "kesalahan" dan karena manusia itu "tidak boleh di hukum.[431]

Sudarto menengahinya dengan kompromi dan mengatakan bahwa dalam hal paham determinisme, walaupun manusia tidak mempunyai tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan, ia masih dapat dipertanggungjawabkan, dan menerima reaksi untuk perbuatan yang

yang dapat dibebani pertanggungjawaban pidana hanyalah orang yang mempunyai pengetahuan dan pilihan (kebebasan berkehendak). Dengan teori ini manusia dianggap mampu membedakan antara yang baik dan buruk. (c). Teori positivisme (mazhab wad'i). Menurut teori ini, seorang yang melakukan tindakan pidana yang tidak dengan kehendaknya sendiri, tetapi ada faktor yang mempengaruhinya. Pelaku tindak pidana seperti ini tidak bisa diberikan hukuman atas perbuatannya. (d). Teori relatif (ikhtiyar nisbi). Teori ini adalahpenggabungan teori tradisionalisme dan teori positivisme. Menurut teori ini, meskipun pilihan (kehendak) manusia terbatas, pilihannya tersebut mempunyai pengaruh dalam melakukan tindak pidana, dan penguasa hendaknya melindugi masyarakat dari perbuatan-perbuatan orang yang belum atau tidak mampu mempertanggungjawabkan perbuatan. Lihat, Abdul Qadir Audah. Ensiklopedi Hukum Pidana Islam, 5 jilid, alih bahasa Ahsin Sakho Muhammad, dkk, ed. Ahsin Sakho Muhammad, dkk., Jakarta: PT. Kharisma Ilmu,. 2008. Jilid II. Hal 64-65.

431 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid

dilakukannya, tetapi reaksi itu berwujud tindakan untuk ketertiban masyarakat, dan bukannya pidana dalam arti "penderitaan sebagai sebuah kesalahannya". Demikian pila Sassen berpendapat, hakim tidak menjatuhkan pidana tetapi mengambil tindakan yang memaksanya agar tunduk pada tata tertib masyarakat. Menurutnya, hukum pidana itu sebenarnya adalah suatu hukum pertahanan sosial.[432]

Pada saat ini terjadi kompromi yang dikenal dengan teori modern yang ingin melaksanakan jalan tengah, yaitu berpegang pada paham determinisme, tetapi tetap menerima kesalahan sebagai dasar hukum pidana.[433]

1. Kemampuan Bertanggung Jawab

Sebaliknya dalam hal kemampuan bertanggung jawab di dalam hukum pidana, istilah pertanggung jawaban pidana (*toerekenbaarheid*) di dalam memori penjelasan perencana dari kitab Undang-Undang Hukum Pidana Tahun 1881 mengatakan sebagai berikut:

> "*geneenestrafregtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekingbaaheid van het feit aan den dader*" (tidak dapat diminta suatu pertanggungjawaban sesuatu tindakan pelakunya).[434]

Selanjutnya, di dalam memori penjelasannya di atas, para perencana juga telah mengatakan *toerekenibaarheid* itu dapat menjadi tidak ada karena hal-hal yang terdapat di dalam diri pelakunya sendiri atau pun karena hal-hal yang datang dari luar. Hal-hal yang terdapat di dalam diri pelakunya itu sendiri adalah:

a. Keadaan yang tidak normal dari "*geetvermogens*" atau "kemampuan jiwa" dari si pelaku; dan
b. usia yang masih sangat muda.

Sedang hal-hal yang datang dari luar itu adalah:

a. *overmacht* (untuk sementara saya terjemahkannya sebagai suatu "keadaan terpaksa");
b. *Noodweer* (pembelaan diri karena terpaksa, ter. Lamintang).[435]

---

432 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid.
433 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid.
434 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid.
435 Lamintang, Op.cit; 395-396

Menurut Pompe *toerekenbaarheid* (pertanggungjawaban pidana) seseorang mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

1. Kemampuan berpikir (*psychish*) pembuat (*daders*) yang memungkinkan ia menguasai pikirannya, yang memungkinkan ia menentukan perbuatannya;
2. Dan oleh sebab itu, ia dapat memahami makna dan akibat perbuatannya;
3. dan oleh sebab itu pula, ia dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan pendapatnya.

Van Hammel berpendapat, bahwa kemampuan bertanggung jawab adalah suatu keadaan normalitas *psychis* dan kematangan, yang mempunyai tiga macam kemampuan:[436]

(1) Untuk memahami lingkungan kenyataan perbuatan sendiri;
(2) Untuk menyadari perbuatannya sebagai suatu yang tidak diperbolehkan oleh masyarakat; dan
(3) Terhadap perbuatannya dapat menentukan kehendaknya.

Berkenaan perbuatan yang dapat dipertanggungjawabkannya perbuatan dalam hal pertanggungjawaban pidana pertama-tama merupakan keadaan yang ada pada diri pembuat ketika melakukan tindak pidana. Kemudian pertanggungjawaban pidana juga menghubungkan antara keadaan pembuat tersebut dengan perbuatan dan sanksi yang sepatutnya dijatuhkan. Dengan demikian, pengkajian dilakukan dua arah. Pertama, pertanggungjawaban pidana ditempatkan dalam konteks sebagai syarat-syarat faktual (*conditioning facts*) dari pemidanaan, karenanya mengemban aspek preventif. Kedua, pertanggungjawaban pidana merupakan akibat hukum (*legal consequences*) dari keberadaan syarat faktual tersebut, sehingga merupakan bagian dari aspek represif hukum pidana. Pertanggungjawaban pidana berhubungan dengan pemidanaan dan konsekuensi atas hukumnya atas adanya hal itu.[437] Oleh karena itu, menurut Chairul Huda mengenai pertanggungjawaban pidana hanya dapat dilakukan terhadap seseorang yang melakukan tindak pidana. Hal ini yang ini menjadi tolak pertalian antara pertanggungjawaban pidana yang dilakukan pembuat. Dapat dicelanya pembuat, justru bersumber dari celaan yang ada pada tindak pidananya. Oleh karena itu, ruang

436 Lamintang, Ibid
437 Chairul Huda, Op. cit; hal. 64.

lingkup pertanggungjawaban pidana mempunyai korelasi penting dengan struktur tindak pidana.[438]

H. HAPUSNYA HAK PENUNTUTAN PIDANA DAN EKSUKUSI

Alasan-alasan yang dimuat dalam perundang-undangan untuk hapusnya hak penuntutan adalah:

1. adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap
2. kematian orang yang melakukan delik
3. kedaluwarsa
4. penyelesaian perkara di luar pengadilan.[439]

Keempat butir tersebut perlu dicermati dengan seksama.

1. Adanya Suatu Putusan yang Telah Berkekuatan Hukum Tetap

Hal ini diatur dalam Pasal 76 KUHP yang berbunyi:

"Kecuali dalam hal putusan hakim dapat diubah, orang tidak dapat dituntut sekali lagi karena perbuatan yang baginya telah diputuskan oleh hakim di Indonesia dengan putusan yang telah tetap."[440]

Ketentuan pasal ini dimaksudkan guna memberikan kepastian kepada masyarakat maupun kepada setiap individu agar menghormati putusan tersebut. Prinsip yang dimuat dalam Pasal 76 KUHP tersebut dikenal dengan *ne bis in idem*, yang artinya tidak boleh suatu perkara yang sama yang sudah diputus, diperiksa, dan diputus lagi untuk kedua kalinya oleh pengadilan.

Dahulu, pada Reglemen Indonesia yang diperbarui (RIB/HIR) diperunakan istilah "adanya suatu putusan yang tidak dapat diubah lagi". Setelah berlakunya KUHAP (Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981), istilah tersebut menjadi "adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap".

Apabila putusan telah berkuatan hukum tetap, upaya hukum tidak dapat digunakan lagi. Putusan yang telah berkuatan hukum tetap tersebut, dapat berupa:

438 Chairul Huda, Ibid.
439 Laden Marpaung., Op.cit, hal. 100.
440 Ibid.,

a. putusan bebas
b. putusan lepas dari segala tuntutan hukum
c. putusan tidak dapat menerima penuntut umum
d. putusan pemidanaan

Putusan-putusan di atas mengenai penjatuhan putusan tentang delik (pelanggaran pidana) yang telah didakwakan. Berbeda dengan keputusan atau penyertaan hakim dalam hal:

a. pengadilan tidak berkompeten (berkuasa) untuk mengadili;
b. pembatalan surat dakwaan;
c. tuntutan pidana tak dapat diterima.

Penerapan *ne bis in idem* yang tepat dapat terlaksana jika pengertian "perbuatan" diterapkan dengan tepat. Pada penanganan suatu perkara, perlu dicermati apakah perbuatan tersangka atau terdakwa tersebut telah dapat diadili? Jika tersangka atau terdakwa pernah diadili, perlu dicermati lagi apakah perbuatannya *concursus idealis* atau *concursus realis*. Misalnya:

> A telah dipidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dalam perbuatan pemerkosaan terhadap diri seorang perempuan bernama R. Akan tetapi, A belum pernah diadili oleh pengadilan atas perbuatannya memperkosa diri seorang perempuan bernama S. Dari contoh di atas, diharapkan agar aparat penegak hukum, khusunya penyidik, lebih cernat terhadap pengertian "perbuatan".[441]

2. Kematian Orang yang Melakukan Delik

Hal ini diatur dalam Pasal 77 KUHP yang berbunyi:

"Hak menuntut hilang oleh karena meninggalnya si tersangka."

Ketentuan ini dilandasi dasar pemindanaan, yakni bahwa hukuman ditujukan kepada pribadi orang yang melakukan delik. Dengan demikian, apabila orang yang melakukan delik telah meninggal, tidak ada lagi penuntutan bagi perbuatan yang telah dilakukannya.

3. Kedaluwarsa

Hal ini diatur dalam Pasal 78 KUHP yang berbunyi:

"(1) Hak untuk penuntutan pidana hapus karena kedaluwarsa:

1e. dalam satu tahun bagi semua pelanggaran dan bagi kejahatan yang dilakukan dengan percetakan;

441 Ibid., hal. 101

2e. dalam enam tahun bagi kejahatan-kejahatan yang diancam dengan denda, hukuman kurungan atau hukuman penjara, yang lamanya tidak lebih dari tiga tahun;

3e. dalam dua belas tahun bagi semua kejahatan yang diancam dengan hukuman penjara sementara yang lamanya lebih dari tiga tahun;

4e. dalam delapan belas tahun bagi semua kejahatan, yang diancam dengan hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup.

(2) Untuk orang, yang sebelum melakukan perbuatan itu umurnya belum cukup delapan belas tahun, tenggang kedaluwarsa yang tersebut di atas itu, dikurangi sepertiga."

Dasar penghapusan hak penuntutan pidana itu adalah bahwa dengan berlalunya waktu yang agak lama, ingatan akan kejadian yang ada telah hilang sehingga kemungkinan pembuktiannya menjadi rumit bahkan alat bukti kemungkinan telah lenyap.

Kapan mulai diperhitungkan kedaluwarsa hak penuntutan pidana tersebut? Hal ini ditentukan dalam Pasal 79 KUHP yang berbunyi antara lain:

> "Tenggang kedaluwarsa mulai berlaku pada keesokan hari setelah terjadinya perbuatan, kecuali dalam hal berikut:
> 1a...."[442]

Akan tetapi, ada penghentian (*stuiting*) terhadap kedaluwarsa, yakni berdasarkan Pasal 80 KUHP, jika telah dilakukan tindakan penuntutan (*daad van vervolging*), masa kedaluwarsa mulai dihitung sejak berakhirnya *stuiting*.

Selain dari *stuiting* terhadap masa kedaluwarsa, penundaan (*schorsing*) penuntutan pidana berhubung dengan adanya perselisihan prayudisial, juga menunda jalannya kedaluwarsa (Pasal 81 KUHP). Yang dimaksud dengan perselisihan prayudisial (*praejudicieel geschil*) adalah adanya suatu perselisihan hukum yang harus lebih dahulu diputus hakim lain sebelum suatu perkara pidana diperiksa di persidangan. Misalnya:

> Seseorang disangka telah melakukan pencurian, namun si tersangka menerangkan bahwa barang tersebut adalah milik istrinya.[443]

442 Lihat pada pembahasan "Adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, bagian a: putusan bebas".

443 Laden Marpaung., Op.cit, hal. 102

Dalam contoh di atas, tentang pemilikan barang, diputuskan oleh hakim perdata. Selama proses perkara perdata tersebut berlangsung, kedaluwarsa di *schorsing*. Setelah selesai *schorsing*, tenggang waktu kedaluwarsa dihitung ditambah dengan waktu sebelum adanya tindakan penuntutan. Hal ini diperlukan mengingat penyelesaian perkara perdata memerlukan waktu yang mungkin bertahun-tahun.

4. Penyelesaian Perkara di Luar Persidangan

Hal ini diatur dalam Pasal 82 ayat (1) KUHP yang berbunyi antara lain sebagai berikut.

> "Hak penuntutan pidana karena pelanggaran, yang atasnya tidak ditentukan hukuman pokok lain daripada denda, hilang kalau dengan rela hati sudah dibayar maksimun denda serta juga biaya perkara,..."[444]

Ketentuan di atas secara rasional adalah hal yang logis demi efisiensi. Hal ini diatur demikian untuk memberi kepastian hukum bagi pelaku pelanggaran maupun bagi aparat penuntut.

Selain hal di atas, dalam perundang-undangan (bukan KUHP), masih ada ketentuan yang dapat menghapuskan hak penuntutan atas pelaku kejahatan, yakni abolisi dan amnesti. Kedua hal tersebut merupakan hak prerogatif presiden dengan memperhatikan pertimbangan DPR yang diatur dalam Pasal 14 Undang-Undang Dasar 1945 hasil amandemen.

Abolisi adalah penghapusan hak melakukan penuntutan pidana dan menghentikan penuntutan pidana yang telah dimulai. Adapun amnesti adalah pernyataan pengampunan atau penghapusan hukuman kepada umum yang telah melakukan tindak-tindak pidana tertentu.

Baik abolisi maupun amnesti merupakan sarana untuk melindungi kepentingan umum atau untuk mencegah korban yang lebih besar.

5. Hapusnya Hak Eksekusi

Pada umumnya, setelah adanya putusan yang berkekuatan hukum tetap, jaksa pada kesempatan pertama akan melakukan eksekusi (Pasal 270 KUHP). Akan tetapi, adakalanya jaksa tidak dapat melakukan eksekusi atau hak eksekusi telah habis sehingga putusan yang telah berkekuatan hukum tetapi tidak dapat dilakukan untuk selama-lamanya. Hal ini dapat terjadi karena hal-hal berikut:

444 Ibid.,

1). Kematian Terpidana

Doktrin menganut paham bahwa hukuman atau pidana dijatuhkan semata-mata terhadap pribadi terpidana atau si terhukum, karenannya tidak dapat dibebankan kepada ahli waris. Dengan demikian, jika terpidana meninggal dunia, hak eksekusi tidak dapat dilakukan.

Terhadap ketentuan di atas, dahulu ada pengecualian yang dimuat dalam Pasal 368 HIR yang berbunyi sebagai berikut:

"Jika orang yang melakukan pelanggaran pidana telah meninggal setelah putusan hakim yang tidak dapat diubah lagi, maka dalam perkara-perkara pelanggaran peraturan pajak dan cukai, semua denda dan perampasan serta biaya-biayanya ditagih dari ahli-ahli waris atau wakil-wakil orang yang meninggal itu."[445]

Akan tetapi, ketentuan di atas tidak dianut oleh KUHAP. Sebaiknya dalam rangka penyempurnaan KUHAP, hal tersebut perlu mendapat perhatian.

2) Kedaluwarsa

Ketentuan tentang kedaluwarsa hak eksekusi dimuat dalam Pasal 84 KUHP yang berbunyi sebagai berikut.

(1) Hak menjalankan hukuman hilang karena kedaluwarsa
(2) Tenggang kedaluwarsa ini untuk pelanggaran-pelanggaran, lamanya dua tahun, untuk kejahatan yang dilakukan dengan alat percetakan, lamanya lima tahun, dan untuk kejahatan lain, lamanya sama dengan telah lebih tenggang kedaluwarsa hak menuntut pidana, ditambah sepertiga.
(3) Tenggang kedaluwarsa ini sekali-kali tidak boleh kurang dari lamanya hukuman yang telah dijatuhkan.
(4) Hak menjalankan hukuman mati tidak kena kedaluwarsa

Berkenaan dengan Pasal 84 ayat (3) KUHP, menjadi kabur jika terpidana dijatuhkan hukuman seumur hidup. Seyogianya hal ini termasuk ayat (4).

3) Grasi

Ketentuan tentang grasi dimuat dalam Pasal 14 UUD 1945. Pengertian grasi adalah wewenang dari kepala negara untuk menghapuskan seluruh hukuman yang telah dijatuhkan hakim

445 Ibid., hal. 103.

atau mengurangi hukuman, atau menukar hukuman pokok yang berat dengan suatu hukuman yang lebih ringan.

Dahulu, grasi ini merupakan hak raja sehingga dianggap sebagai anugerah raja. Akan tetapi, pada saat ini grasi merupakan suatu alat untuk menghapuskan sesuatu yang dirasakan tidak adil jika hukum yang berlaku menimbulkan kekurangadilan.

Perihal grasi ini sekarang diatur oleh Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2002 tentang Grasi yang menggantikan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1950 tentang Permohonan Grasi.[446]

I. TEORI PEMIDANAAN

Menurut Pasal 10 *Wetboek Van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* yang menurut Undang-Undang No.1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana jo Undang-Undang No.73 Tahun 1958 Tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang No.1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Undang-undang Hukum Pidana dianggap sebagai Kitab Undang-undang Hukum Pidana (untuk selanjutnya disingkat KUHP),[447] macam-macam pidana adalah sebagai berikut:

Pasal 10

Pidana terdiri atas:

a. Pidana pokok:
    1. pidana mati,
    2. pidana penjara,
    3. kurungan,
    4. denda.
b. Pidana tambahan:
    1. pencabutan hak-hak tertentu,
    2. perampasan barang-barang tertentu,
    3. pengumuman putusan hakim.

Adapun lembaga yang melaksanakan pidana dapat disebutkan, sebagai berikut:[448]

446 Ibid., hal. 103-104.

447 K.Wantjik Saleh, Pelengkap KUH Pidana, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), halaman 25 dan 74.

448 Adapun lembaga yang melaksanakan pidana dalam konteks pemidanaan dan Pelaksanaan pidana an sich memunculkan bidang hukum tersendiri, yaitu Hukum Pidana Pelaksanaan Pidana, Hukum Eksekusi Pidana,

1. Pidana Pokok:
   a. Pidana Mati: Regu Tembak;
   b. Pidana Penjara: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   c. Pidana Kurungan: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   d. Pidana Tutupan: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   e. Pidana Kurungan: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   f. Pidana Denda: Jaksa;
2. Pidana Tambahan:
   a. Pencabutan hak-hak tertentu: lembaganya bergantung pada jenis dari hak yang dicabut tersebut;
   b. Perampasan barang-barang tetentu: Jaksa;
   c. Pengumuman Putusan Hakim (Pengadilan): Panitera Pengadilan Negeri.[449]

Terdapat beberapa Teori Pemidanaan atau Dasar-dasar Pembenaran dan Tujuan Pidana, sebagai berikut:

1. Teori Absolut atau Teori Pembalasan (*Retributive/Vergeldings Theorieen*)

   Pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri.[450]

   Menurut Johannes Andenaes, tujuan utama (*primair*) dari pidana menurut teori absolut ialah untuk memuaskan tuntutan keadilan (*to satisfy the claim of justice*) sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder.[451]

Hukum Penitensia atau Hukum Penitensier. Penitensier berasal dari kata "penitensia" dari Bahasa Latin yang mempunyai arti: penyesalan, kembali lagi pada keputusannya, bertobat atau jera. Menurut S.R. Sianturi, Hukum Penitensia adalah bagian dari hukum positif yang berisikan ketentuan atau norma mengenai tujuan, usaha (kewenangan) dan organisasi dari (suatu) lembaga untuk membuat seseorang bertobat, yang dapat berupa: (1) Pemutusan hakim (pemidanaan, pembebasan dan pelepasan dari segala tuntutan hukum), (2) Penindakan, dan (3) Pemberian kebijaksanaan, terhadap suatu perkara pidana. Lihat, S.R. Sianturi dan Mompang L.Panggabean, Hukum Penitensia di Indonesia, Jakarta: Alumni AHAEMPETEHAEM, 1996), halaman 1-5.

449 Lihat dalam Pasal 10 KUHP.

450 Muladi dan Barda Nawawi Arief,, Teori-teori dan Kebijakan Pidana, Bandung: Alumni. 1984, hal. 10-11.

451 Ibid., halaman 10.

Menurut Immanuel Kant dalam "*Philosophy of Law*", pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan. Pidana sebagai "*Kategorische Imperatief*" yakni seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai suatu tujuan, melainkan mencerminkan keadilan (*uitdrukking van de gerechtigheid*).[452]

Hegel berpendapat, bahwa pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Karena kejahatan adalah pengingkaran terhadap ketertiban hukum negara yang meruapakan perwujudan dari cita susila, maka pidana merupakan "*negation der negation*" (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran). Teori Hegel ini dikenal dengan "*quasi mathematic*" yaitu:

a. *wrong being* (*crime*) *is the negation of right*; *and*
b. *punishment is the negation of that negation*.[453]

Nigel Walker membagi penganut teori retributif dalam beberapa Golongan, yaitu:

1. Penganut teori retributif yang murni (*the pure retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan si pembuat. Menurut Nigel Walker hanya golongan pertama ini yang mengemukakan alasan-alasan atau dasar pembenaran untuk pengenaaan pidana sehingga disebut golongan "*punishers*" atau penganut aliran/teori pemidanaan.
2. Penganut teori retributif tidak murni (dengan modifikasi) yang dapat pula dibagi dalam:
    a. Penganut teori retributif yang terbatas (*the limiting retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana tidak harus sepadan atau cocok dengan kesalahan hanya tidak boleh melebihi batas yang sepadan atau cocok dengan kesalahan terdakwa.
    b. Penganut teori retributif yang distributif (*retribution in distribution*) atau "*distributive*" yang berpendapat: pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak

452 Ibid., halaman 11-12.
453 Ibid., halaman 12.

bersalah, tetapi pidana juga tidak harus sepadan atau cocok dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip "tiada pidana tanpa kesalahan" dihormati tetapi dimungkinkan pengecualian misalnya dalam hal "*strict liability*".

Menurut Nigel Walker penganut golongan 2a dan 2b tidak mengajukan alasan-alasan pengenaan pidana tetapi mengajukan prinsip-prinsip untuk pembatasan pidana. Selanjutnya menurut Nigel Walker kedua golongan ini lebih dekat pada paham *nonretributive*.[454]

John Kaplan membedakan dalam dua teori, yaitu:

1. teori pembalasan (*the revenge theory*)
   Pembalasan mengandung arti bahwa "hutang si penjahat telah dibayarkan kembali" (*the criminal is paid back*).
2. teori penebusan dosa (*the expiation theory*).
   Penebusan mengandung arti bahwa "si penjahat membayar kembali hutangnya" (*the criminal pays back*).[455]

2. Teori Relatif atau Teori Tujuan (*Utilitarian/doeltheorieen*)

Pemidanaan bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat sehingga Johannes Andenaes menyebutnya sebagai "teori perlindungan masyarakat".[456] Nigel Walker menyebut teori ini sebagai teori atau aliran reduktif (*the reductive point of view*) karena dasar pembenaran pidana menurut teori ini ialah untuk mengurangi frekuensi kejahatan sehingga para penganut teori ini disebut golongan *Reducers*.

Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat sehingga teori ini disebut juga teori tujuan (*Utilitarian theory*). Dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini adalah terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan "*quia peccatum est*" (karena orang melakukan kejahatan) melainkan "*ne peccetur*"

454 Ibid., halaman 12-13.
455 Ibid., halaman 13.
456 Ibid., halaman 16.

(supaya orang jangan melakukan kejahatan).[457]

Hal demikian dikemukakan oleh Seneca, seorang filsuf dari Romawi, sebagai berikut:

"*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*" yang artinya "tidak seorang normal pun dipidana karena telah melakukan suatu perbuatan jahat, tetapi ia dipidana agar tidak ada perbuatan jahat" ("*No reasonable man punisher because there has been a wrong doing, but in order that there should be no wrong doing*").[458]

Karl O. Christiansen menyatakan terdapat perbedaan karakteristik antara teori retributif dengan teori utilitarian, sebagai berikut:[459]

1. Tujuan pidana adalah semata-mata untuk pembalasan.
2. Pembalasan adalah tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain, misalnya untuk kesejahteraan masyarakat.
3. Kesalahan merupakan satu-satunya syarat untuk adanya pidana.
4. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelanggar.
5. Pidana melihat ke belakang; ia merupakan pencelaan yang murni dan tujuannya tidak untuk memperbaiki, mendidik atau memasyarakatkan kembali si pelanggar.

Sedangkan teori utilitarian sebagai berikut:

1. Tujuan pidana adalah pencegahan (*prevention*).
2. Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat.
3. Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja (misal: karena sengaja atau *culpa*) yang memenuhi syarat untuk adanya pidana.
4. Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan.
5. Pidana melihat ke muka (bersifat prospektif); pidana dapat mengandung unsur pencelaan tetapi baik unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima apabila

457 Ibid.
458 Ibid.
459 Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, Ibid., halaman 16-17.

tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

Tujuan pidana untuk pencegahan kejahatan dapat dibedakan antara prevensi spesial ("*special deterrence*") dan prevensi general ("*general deterrence*"). Prevensi spesial berarti pidana dimaksudkan untuk mempengaruhi tingkah laku si terpidana untuk tidak melakukan tindak pidana lagi. Ini berarti pidana bertujuan agar si terpidana itu berubah menjadi orang yang lebih baik dan berguna bagi masyarakat sehingga disebut juga *Reformation* atau *Rehabilitation Theory*. Prevensi general berarti pidana dimaksudkan untuk mempengaruhi tingkah laku anggota masyarakat pada umumnya untuk tidak melakukan tindak pidana.[460]

Menurut Johannes Andenaes ada tiga bentuk pengaruh dalam pengertian "*general deterrence*", yaitu:

a. pengaruh pencegahan;
b. pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral;
c. pengaruh untuk mendorong kebiasaan perbuatan patuh pada hukum.

Dalam pengertian "*general prevention*" menurut Johannes Andenaes tidak hanya tercakup adanya pengaruh pencegahan (*deterrent effect*) tetapi juga termasuk di dalamnya pengaruh moral atau pengaruh yang bersifat pendidikan sosial dari pidana (*the moral or social pedagogical influence of punishment*). Teori yang menekankan pada tujuan untuk mempengaruhi atau mencegah agar orang lain tidak melakukan kejahatan ini dikenal dengan sebutan **Teori *Deterrence***, sehingga menurut J. Andenaes pengertian "*general prevention*" berbeda dengan "*general deterrence*".[461]

Van Veen berpendapat bahwa prevensi general mempunyai tiga fungsi, yaitu:

a. menegakkan kewibawaan (*gezagshandhaving*);
b. menegakkan norma (*normhandhaving*);
c. membentuk norma (*normvorming*).[462]

460 Ibid., halaman 17-18.
461 Ibid., halaman 18.
462 Ibid., halaman 19.

Van Bemmelen memasukkan apa yang disebut sebagai "daya untuk mengamankan" (*de beveiligende werking*), bahwa merupakan kenyataan, khususnya pidana pencabutan kemerdekaan, lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama penjahat tersebut berada dalam penjara daripada kalau dia tidak dalam penjara.[463]

3. Teori Gabungan (*Verenegings Theorieen*)

Pellegrino Rossi menganggap pembalasan sebagai asas dari pidana dan bahwa beratnya pidana tidak boleh melampaui suatu pembalasan yang adil, namun pidana mempunyai berbagai pengaruh, antara lain: perbaikan sesuatu yang rusak dalam masyarakat dan prevensi general.[464]

Penganut teori ini, antara lain: Binding, Merkel, Kohler, Richard Schmid dan Beling. Pidana mengandung pelbagai kombinasi tujuan termasuk di dalamnya mengenai pembalasan, prevensi general serta perbaikan.[465]

Berikut dikemukakan pendapat para sarjana berkaitan dengan tujuan pidana, antara lain:

1. Richard D. Schwartz dan Jerome H. Skolnick:

   Sanksi pidana dimaksudkan untuk:

   a. mencegah terjadinya pengulangan tindak pidana (*to prevent recidivism*);
   b. mencegah orang lain melakukan perbuatan yang sama seperti yang dilakukan si terpidana (*to deter other from the performance of similar acts*);
   c. menyediakan saluran untuk mewujudkan motif-motif balas dendam (*to provide a channel for the expression of retaliatory motives*).[466]

2. John Kaplan:

   John Kaplan mengemukakan adanya empat teori mengenai dasar-dasar pembenaran pidana, yaitu: Teori *Retribution, Deterrence, Incapacitation* dan *Rehabilitation*. Dasar-dasar pembenaran pidana yang lain adalah:

463 Ibid.
464 Ibid.
465 Ibid.
466 Ibid. Hal. 20.

a. untuk menghindari balas dendam (*avoidance of blood feuds*);
b. adanya pengaruh yang bersifat mendidik (*the educational effect*);
c. mempunyai fungsi memelihara perdamaian (*the peace keeping function*).[467]

3. Emile Durkheim:
Fungsi dari pidana adalah untuk menciptakan kemungkinan bagi pelepasan emosi-emosi yang ditimbulkan atau diguncangkan oleh adanya kejahatan (*the function of punishment is to create a possibility for the release of emotions that are aroused by the crime*).[468]

4. Fouconnet:
Pemidanaan dan pelaksanaan pidana pada hakikatnya merupakan penegasan kembali nilai-nilai kemasyarakatan yang telah dilanggar dan dirubah oleh adanya kejahatan itu (*the conviction and the execution of the sentences is essentially a ceremonial reaffirmation of te soocietal values that are violated and challenged by the crime*).[469]

5. Roger Hood:
Sasaran pidana di samping untuk mencegah si terpidana atau pembuat potensial melakukan tindak pidana juga untuk:
a. memperkuat kembali nilai-nilai sosial (*reinforcing social values*);
b. menentramkan rasa takut masyarakat terhadap kejahatan (*allaying public fear of crime*).[470]

6. G. Peter Hoefnagels:
Tujuan pidana adalah untuk:
a. penyelesaian konflik (*conflict resolution*);
b. mempengaruhi para pelanggar dan orang-orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibly other*

467 Ibid.
468 Ibid.
469 Ibid., hal. 20-21.
470 Ibid., hal. 21.

than offenders toward more or less Law conforming behavior).[471]

7. R. Rijksen:

   Membedakan antara dasar hukum dari pidana dengan tujuan pidana. Dasar hukum dari pidana terletak pada pembalasan terhadap kesalahan yakni dalam pembalasan itu terletak pembenaran daripada wewenang pemerintah untuk memidana (*strafbevoegdheid van de overheid*). Apakah penguasa juga akan menggunakan wewenang itu tergantung dari tujuan yang dikehendaki. Tujuan-tujuan itu menurut R. Rijksen.

   Rijksen adalah penegakan wibawa, penegakan norma, menakut-nakuti, mendamaikan, mempengaruhi tingkah laku dan menyelesaikan konflik (Van Veen, Hulsman dan Hoefnagels berpendapat sama).[472]

8. Roeslan Saleh:

   Pada hakikatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:

   a. segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
   b. segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

   Pada hakikatnya pidana adalah suatu perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tidak hukum. Di samping itu, pidana mengandung hal-hal lain, yaitu pidana diharapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.[473]

471 Ibid.
472 Ibid..
473 Ibid., hal. 22.

9. J.E. Sahetapy:
   Pidana harus dapat membebaskan si pelaku dari cara atau jalan yang keliru yang telah ditempuhnya. Makna membebaskan tidak identik dengan pengertian rehabilitasi atau reformasi. Makna membebaskan menghendaki agar si pelaku bukan saja harus dibebaskan dari alam pikiran yang jahat, yang keliru, melainkan ia harus pula dibebaskan dari kenyataan sosial di mana ia terbelenggu.
   Tidak dapat disangkal bahwa dalam pengertian pidana tersimpul unsur penderitaan. Namun penderitaan dalam tujuan membebaskan bukan semata-mata untuk penderitaan agar si pelaku menjadi takut atau merasa menderita akibat suatu pembalasan dendam, melainkan derita itu harus dilihat sebagai obat atau sebagai kunci jalan keluar yang membebaskan dan yang memberi kemungkinan bertobat dengan penuh keyakinan.[474]
10. Bismar Siregar:
    Yang pertama-tama patut diperhatikan dalam pemberian pidana, bagaimana caranya agar hukuman badaniah mencapai sasaran, mengembalikan keseimbangan yang telah terganggu akibat perbuatan si tertuduh, karena tujuan penghukuman tiada lain melainkan mewujudkan kedamaian dalam kehidupan manusia.[475]

J. PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA

Dalam rangka pembaharuan hukum pidana[476], Pada akhirnya, di awal tahun 2013, Presiden menyerahkan naskah Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) kepada DPR, untuk dilakukan pembahasan bersama. Rancangan ini merupakan naskah yang "secara terbatas" diperbaharui dari naskah RKUHP sebelumnya (tahun 2005).

474 Ibid., hal..22-23.
475 Ibid., hal. 23-24.
476 Pembaharuan hukum pidana dalam pembahasan ini, penulis hanya membahasnya secara terbatas dengan meninjau beberapa pasal yang dianggap bermasalah yang dirumuskan di dalam RKUHP.

Dikatakan terbatas, karena tidak banyak perubahan penting dalam naskah akhir RKUHP inisiatif pemerintah, yang telah diserahkan ke DPR.[477]

Sebagaimana naskah-naskah RKUHP sebelumnya, naskah RKUHP versi 2012 ini juga mendapat kritik keras dari publik. Kritik utama adalah banyaknya ketentuan yang akan diatur di dalam KUHP, yang mencapai 766 pasal. Makin banyaknya pasal RKUHP berkorelasi dengan makin banyaknya tindakan yang disebut sebagai kejahatan. Hampir semua tindak-tanduk warga negara diancam dengan pemidanaan, dengan mengatasnamakan moral, agama, kesusilaan dan ketertiban umum. Bahkan sejumlah perbuatan, yang masih menjadi kontroversi di masyarakat, masuk dalam ketegori kejahatan atau tidak, langsung dirumuskan oleh tim perumus sebagai suatu kejahatan. Dapat dikatakan, naskah RKUHP 2012 cenderung "*over criminalization*", rancangan kebijakan ini mencoba mengriminalkan sebanyak mungkin perbuatan individu, menempatkan negara dalam posisi pengawas perilaku masyarakat yang ketat, dan melegitimasi penggunaan alat koersif negara, yaitu hukum pidana.[478]

Bahkan RKUHP saat ini, melanjutkan situasi dan landasan kebahayaan tersebut, karena materinya lebih menekankan pada perlindungan kepentingan politik negara dan kepentingan hak-hak komunal. Tidak heran, jika kemudian muncul sejumlah delik yang kontrovesial dalam delik kesusilaan yang memasukkan tindakan hubungan individu di luar pernikahan, yang statusnya lajang, sebagai perzinahan dan dikategorikan sebagai kejahatan. Masih eksis dan lebih eksesif delik-delik penghinanan juga memperlihatkan kecenderungan tersebut di atas. Secara mudah, para perumus RKUHP, menjadikan suatu perbuatan menjadi kejahatan hanya karena ada 'gejolak' di masyarakat.[479]

477 Bandingkan Naskah RUU KUHP versi tahun 2005 dan versi terbaru yakni tahun 2012.

478 Lihat, Douglas Husak, Overcriminalization The Limits of the Criminal Law, (Oxford: Oxford University Press, 2008).

479 Dalam sejumlah dokumen dan pernyataan dari tim penyusun RKUHP disebutkan bahwa landasan mengatur sejumlah perbuatan menjadi tindak pidana adalah adanya permasalahan di masyarakat. Berkenaan hal tersebut, menurut Herbert L. Packer, ahli hukum pidana dari Universitas Stanford, California, menegaskan dalam tulisannya, bahwa untuk menentukan suatu perbuatan adalah suatu kejahatan atau bukan dan apa bentuk sanksinya jika termasuk kejahatan, harus terlebih dahulu diperhatikan beberapa hal berikut: apa alasan atau rasio legisnya bahwa suatu perbuatan adalah kejahatan dan harus diberikan sanksi. Harus ada definisi dan penjelasan yang ketat ketika akan menentukan suatau perbuatan adalah kriminal dan harus ada penghukuman. Tidak cukup hanya menggunakan alasan etis atau norma sosial lainnya untuk menentukan suatu perbuatan adalah pidana. Melalui pemaparan ini sebenarnya Packer ingin menegaskan kembali

RKUHP saat ini, jika ditelisik lebih jauh terbukti hampir seluruh materi dalam KUHP yang saat ini berlaku (Undang-Undang No. 1 Tahun 1946), tetap dicantumkan di dalamnya. Jadi pada dasarnya 'kita' tetap mengakui materi-materi buatan Belanda tersebut. Materi-materi yang ada pada dasarnya hanyalah penambahan-penambahan belaka dari KUHP saat ini, ditambah beberapa modifikasi atas Buku I yang mayoritas modifikasinya ternyata justru membuat apa yang sudah jelas dalam KUHP menjadi "tidak jelas".[480]

Penambahan materi daalam RKUHP pada umumnya juga sifatnya hanya memasukkan ketentuan-ketentuan pidana yang saat ini ada di luar KUHP ke dalam KUHP. Namun, upaya memasukkan materi tindak pidana yang saat ini sudah ada dalam sejumlah peraturan perundang-undangan khusus dilakukan dengan "sembrono", sehingga cukup banyak terjadi duplikasi pengaturan.[481]

Dalam rancangan, para perumus juga memasukan ketentuan mengenai berlakunya hukum adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat di dalam Rancangan ini (Pasal 2 ayat (1). Dengan memasukkan ketentuan tersebut, maka asas legalitas (*principle of legality*) dapat dikesampingkan. Artinya, dengan rumusan ini, maka Pasal 1 (1) RKUHP tidak berlaku secara absolut, tetapi dapat diterobos dengan berlakunya hukum adat—seperti ditegaskan oleh Pasal 2 ayat (1), yang menyatakan: "Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan".

Berkenaan dengan beberapa rumusan pasal RKUHP yang menjadi *debatable* di atas menurut penulis, bahwa urgennya merekonstruksi ulang

bahwa hukum pidana adalah alat terakhir. Musti ada kejelasan tentang hal-hal apa saja yang negara dapat lakukan dan tidak dapat lakukan. Diakui Packer, ada dua model dalam perumusan hukum pidana, pertama menitikberatkan pada efisiensi, bahwa hukum pidana pada dasarnya ditujukan pada nilai efisiensi dalam pemberantasan kejahatan. Sementara kelompok kedua menekankan pada perlindungan individu dalam konfrontasi dengan negara. Lebih jauh diungkapkannya, kita sebaiknya tidak bergantung pada hukum pidana, tetapi mulai berpikir sistematis dalam menempatkan komitemen pada nilai-nilai atau norma-norma lainnya, seperti moral dan sosial.

480 Aliansi Nasional Reformasi KUHP, Meluruskan Arah Pembaruan KUHP: Catatan Kritis atas Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) 2012, hal. 5. Dokumen tersebut di akses pada http://docs.perpustakaan-elsam.or.id/ruu_kuhp/. Diakses 19 Februari 2014.

481 Lihat misalnya Pasal 632 dengan Pasal 636 dan Pasal 637, Pasal 666 dengan Pasal 690, Pasal 667 dengan Pasal 668, dan Pasal 631 dengan Pasal 695.

mengenai rumusan pasal yang akan melahirkan perdebatan yang alot dan akan berimplikasi ke aplikasi terhadap pasal tersebut. Argumentasinya, misalnya delik kesusilaan yang memasukkan tindakan hubungan individu di luar pernikahan, yang statusnya lajang, sebagai perzinahan dan dikategorikan sebagai kejahatan, bisa diprediksi akan menjadi *debatable* manakala kedua belah pihak (yang melakukan zina) berargumentasi dilakukan atas dasar suka sama suka. Dalam pembahasan berkenaan dengan hal tersebut, yang menjadi pertanyaan siapakah yang dirugikan dalam hal tersebut? Dari segi manakah yang menjadi kejahatan manakala dilakukan atas dasar suka sama suka? Bagaimana apabila jika pihak yang melakukannya telah menikah, apa bisa dikenakan kedaluwarsa? Hal inilah yang menjadi contoh kecil yang bisa diprediksi akan menjadi *debatable* dalam pengaplikasian terhadap rumusan pasal RUKHP. Selain itu, rumusan hukum adat yang ada pada RKHUP menurut penulis tidak tepat, argumentasinya adalah ketidakberdayaan asas kepastian hukum sebagaimana yang menjadi tujuan hukum itu sendiri dan bisa diprediksi, juga akan menjadi *debatable* dan multitafsir sesuai dengan agenda interpretator sang penafsir.

Selain perdebatan yang menarik di atas tentang beberapa rumusan di dalam RKUHP, belum lagi perdebatan pembaharuan hukum pidana dalam konteks pemberantasan korupsi di dalam rumusan RKUHP dan RKUHAP[482]. Misalnya, penyadapan yang dilakukan KPK harus dengan izin hakim, dihilangkannya kewenangan penuntutan dari KPK dan penyelidikan KPK dibatasi. Rumusan ini, menurut penulis sebagai rumusan pasal yang bersifat *hidden political intension* dan sangat bertentangan dengan pemberantasan korupsi sebagai *extra ordinary crime* dan upaya untuk mengkebiri dan bahkan mengamputasi lembaga KPK. Argumentasinya, sangat banyak ditemukan di dalam rumusan pasal yang delik khusus dan malah dimasukkan kedalam delik umum (pidana umum) yakni di dalam RKUHP. Artinya bahwa, semangat pembentukan lembaga khusus adalah untuk memberantas pidana khusus. Jadi, tidak tepat rumusan pidana khusus dan ditarik lagi ke pidana umum karena akan mengamputasi kewenangan lembaga penegak pidana khusus, misalnya KPK.

482 Lihat, RKUHAP.

BAB 14

HUKUM PERDATA

A. DEFINISI HUKUM PERDATA

Istilah hukum perdata pertama kali diperkenalkan oleh Prof. Djojodiguno sebagai teremahan dari *burgerlijkrecht* pada masa penduduka Jepang. Di samping istilah itu, sinonim hukum perdata adalah *civielrecht* dan *privatrecht.*

Para ahli memberikan batasan hukum perdata, seperti berikut. Van Dunne mengartikan hukum perdata, khususnya pada abad ke-19 adalah:

> "suatu peraturan yang mengatur tentang hal-hal yang sangat esensial bagi kebebasan individu, seperti orang dan keluarganya, hak milik dan perikatan. Sedangkan hukum publik memberikan jaminan yang minimal bagi kehidupan pribadi"

Pendapat lain yaitu Vollmar, dia mengartikan hukum perdata adalah:

> "aturan-aturan atau norma-norma yang memberikan pembatasan dan oleh karenanya memberikan perlindungan pada kepentingan prseorangan dalam perbandingan yang tepat antara kepentingan yang satu dengna kepentingan yang lain dari orang-orang dalam suatu masyarakat tertentu terutama yang mengenai hubungan keluarga dan hubungan lalu lintas"

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa pengertian hukum perdata yang dipaparkan para ahli di atas, kajian utamnya pada pengaturan tentang perlindungan antara orang yang satu degan orang lain, akan tetapi di dalam ilmu hukum subjek hukum bukan hanya orang tetapi badan hukum juga termasuk subjek hukum, jadi untuk pengertian yang lebih sempurna yaitu keseluruhan kaidah-kaidah hukum (baik tertulis maupun tidak tertulis) yang mengatur hubungan antara subjek hukum satu dengan yang lain dalam hubungan kekeluargaan dan di dalam pergaulan kemasyarakatan.

Di dalam hukum perdata terdapat 2 kaidah, yaitu:

1. Kaidah tertulis
   Kaidah hukum perdata tertulis adalah kaidah-kaidah hukum perdata yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi.
2. Kaidah tidak tertulis
   Kaidah hukum perdata tidak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum perdata yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat (kebiasaan).

Subjek hukum dibedakan menjadi 2 macam, yaitu:

1. Manusia
   Manusia sama dengan orang karena manusia mempunyai hak-hak subjektif dan kewenangan hukum.
2. Badan hukum
   Badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang mempunyai tujuan tertentu, harta kekayaan, serta hak dan kewajiban.

Subtansi yang diatur dalam hukum perdata antara lain:

1. Hubungan keluarga
   Dalam hubungan keluarga akan menimbulkan hukum tentang orang dan hukum keluarga.
2. Pergaulan masyarakat
   Dalam hubungan pergaulan masyarakat akan menimbulkan hukum harta kekayaan, hukum perikatan, dan hukum waris.

Dari berbagai paparan tentang hukum perdata di atas, dapat di temukan unsur-unsurnya yaitu:

1. Adanya kaidah hukum
2. Mengatur hubungan antara subjek hukum satu dengan yang lain.
3. Bidang hukum yang diatur dalam hukum perdata meliputi hukum orang, hukum keluarga, hukum benda, hukum waris, hukum perikatan, serta hukum pembuktian dan kedaluwarsa.[483]

Mengenai definisi hukum perdata, para ahli hukum mengalami *deviation* mengenai definisi dan pemahaman tentang hukum perdata. Adapun definisi tersebut sebagai berikut:

483 Salim, HS, Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW), Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hal. 7.

1. Mr. L.J. Van Apeldorn:
   Hukum sipil adalah peraturan-peraturan hukum yang mengatur kepentingan seseorang dan yang pelaksanaannya terserah kepada maunya yang berkepentingan sendiri.[484]
2. Prof. Mr. E.M. Mejers:
   Hukum sipil adalah hukum yang mengatur hak-hak yang diberikan kepada perorangan (individu), yang diserahkan sepenuhnya untuk menetapkan dengan merdeka, apabila ia akan mempergunakan hak-hak itu, sepenuhnya dapat melulu memperhatikan kepentingan sendiri.[485]
3. Mr. H.J. Hamaker:
   Hukum sipil adalah hukum yang pada umumnya berlaku, yaitu yang memuat peraturan-peraturan tentang tingkah laku orang-orang dalam masyarakat pada umumnya.[486]
4. H.F.A. Vollmar:
   Hukum perdata adalah aturan-aturan atau norma-norma yang memberikan pembatasan dan oleh karenanya memberikan perlindungan pada kepentingan-kepentingan perseorangan dalam perbandingan yang tepat antara kepentingan yang satu dengan kepentingan yang lain dari orang-orang dalam suatu masyarakat tertentu terutama yang mengenai hubungan keluarga dan hubungan lalu lintas.[487]

Para pakar hukum di Indonesia memiliki pandangannya sendiri.

1. Menurut Prof. Subekti, S.H.:
   Hukum perdata dalam arti yang luas meliputi semua hukum "Privat Meteriil", yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.[488]
2. Prof. Soediman Kartohadiprodjo, S.H.:
   Hukum perdata (materiil) ialah kesemuanya kaidah hukum yang menentukan dan mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban perdata.[489]

484 Komariah, Hukum Perdata, Malang: UMM Press, 2002, Hal. 3.
485 Ibid.
486 Ibid.
487 Titik Triwulan Tutik, Pengantar Hukum Perdata di Indonesia, Jakarta: Prestasi Pustakan, 2006, Hal. 2-3.
488 P.N.H. Simanjuntak, Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia, Jakarta: Djambatan, 2009, Hal. 7.
489 Ibid.

3. Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, S.H.:
   Hukum perdata adalah hukum antarperorangan yang meengatur hak dan kewajiban perorangan yang satu terhadap yang lain di dalam hubungan keluarga dan di dalam pergaulan masyarakat.[490]
4. Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H.:
   Hukum perdata adalah suatu rangkaian hukum antara orang-orang atau badan hukum yang satu sama lain tentang hak dan kewajiban.[491]

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hukum perdata adalah rangkaian peraturan hukum yang mengatur hubungan subjek hukum (orang dan badan hukum) yang satu dengan subyek hukum yang lain dengan menitikberatkan pada kepentingan pribadi dari subjek hukum tersebut.[492]

Menurut Titik Triwulan Tutik, hukum perdata terdiri dari beberapa unsur, yaitu:[493]

Adanya kaidah hukum, yakni:

1. tertulis yang terdapat dalam perundang-undangan, traktat dan yurisprudensi
2. tidak tertulis yang timbul, tumbuh dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat (kebiasaan)
3. Mengatur hubungan hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya
3. Bidang hukum yang diatur dalam hukum perdata meliputi hukum orang, hukum keluarga, hukum benda dan sebagainya.

B. TEORI BADAN HUKUM

1. Badan Hukum Sebagai Subjek Hukum

Subjek hukum memiliki kedudukan dan peranan yang sangat penting di dalam bidang hukum, khususnya hukum keperdataan karena subjek hukum tersebut yang dapat mempunyai wewenang hukum. Istilah Subjek hukum berasal dari terjemahan bahasa Belanda yaitu *rechtsubject* atau *law of subject* (Inggris). Secara umum *rechtsubject* diartikan sebagai

490 Ibid.
491 Ibid.
492 Komariah, Op.cit., hal. 4.
493 Titik Triwulan Tutik, Op.cit., Hal. 3-4.

pendukung hak dan kewajiban, yaitu manusia dan badan hukum.[494]

Subjek hukum ialah segala sesuatu yang pada dasarnya memiliki hak dan kewajiban dalam lalu lintas hukum. Yang termasuk dalam pengertian subjek hukum ialah: manusia (*naturlijke persoon*) dan badan hukum[495] (*rechtpersoon*), misalnya PT. (Perseroan Terbatas), PN (Perusahaan Negara), Yayasan, Badan-badan Pemerintahan dan sebagainya.[496]

Di samping manusia sebagai pembawa hak, di dalam hukum juga badan-badan atau perkumpulan-perkumpulan dipandang sebagai subjek hukum yang dapat memiliki hak-hak dan melakukan perbuatan-perbuatan hukum seperti manusia. Badan-badan dan perkumpulan-perkumpulan itu dapat memiliki kekayaan sendiri, ikut serta dalam lalu-lintas hukum dengan perantaraan pengurusnya, dapat digugat dan menggugat di muka hakim. Badan-badan atau perkumpulan tersebut dinamakan Badan Hukum (*rechtspersoon*) yang berarti orang (*persoon*) yang diciptakan oleh hukum.[497] Jadi, ada suatu bentuk hukum (*rechtsfiguur*) yaitu badan hukum (*rechtspersoon*) yang dapat mempunyai hak-hak, kewajiban-kewajiban hukum dan dapat mengadakan hubungan hukum.

Black's Law Dictionary[498] memberikan pengertian *legal persons* ialah "*Anentity such as corporation, created by law given certain legal rights and duties of a human being; a being, real or imaginary, who for the purpose of legal reasoning is treated more or less as a human being*".

Menurut E. Utrecht,[499] badan hukum (*rechtspersoon*) yaitu badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak, yang tidak berjiwa, atau lebih tepat yang bukan manusia. Badan hukum sebagai gejala kemasyarakatan adalah suatu gejala yang riil, merupakan fakta yang benar-benar dalam pergaulan hukum biarpun tidak berwujud manusia atau benda yang dibuat dari besi, kayu dan sebagainya.

Menurut Molengraaff, badan hukum pada hakikatnya merupakan hak dan kewajiban dari para anggotanya secara bersama-sama, dan di

494 Titik Triwulan Tutik, Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional,. Prenada Media Group, Jakarta. 2008, hal 40.

495 Dalam bahasa asing, istilah badan hukum selain merupakan terjemahan dari istilah rechtspersoon (Belanda), juga merupakan terjemahan peristilahan persona moralis (Latin), legal persons (Inggris).

496 A. Ridwan Halim, Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab, Cetakan Kedua, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985, hal 29.

497 CST Kansil, Pengantar Ilmu Hukum, Cetakan Kedelapan, Balai Pustaka, Jakarta, 1989, hal. 216.

498 Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, Eight Edition,West Publishing Co, St. PaulMinn, 2004, hal. 1178.

499 Neni Sri Imaniyati, Hukum Bisnis: Telaah tentang Pelaku dan Kegiatan Ekonomi, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2009, hal. 124.

dalamnya terdapat harta kekayaan bersama yang tidak dapat dibagi-bagi. Setiap anggota tidak hanya menjadi pemilik sebagai pribadi untuk masing-masing bagiannya dalam satu kesatuan yang tidak dapat dibagi-bagi itu, tetapi juga sebagai pemilik bersama untuk keseluruhan harta kekayaan, sehingga setiap pribadi anggota adalah juga pemilik harta kekayaan yang terorganisasikan dalam badan hukum itu.[500]

Oetarid Sadino yang menterjemahkan buku L.J. van Apeldoorn yang berjudul *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht* (Pengantar Ilmu Hukum) yang berkenaan dengan masalah subjek hukum itu menyalin dalam bahasa Indonesia sebagai berikut:[501]

"Walau demikian, ajaran hukum, dan kini juga undang-undang mengakui adanya purusa atau subjek hukum yang lain daripada manusia. Untuk membedakannya, manusia disebut purusa kodrat (*natuurlijke personen*) yang lain purusa hukum. Akan tetapi ini tidak berarti, bahwa purusa yang demikian itu juga benar-benar terdapat: itu hanya berarti, bahwa sesuatu yang bukan purusa atau tak dapat merupakan purusa, diperlakukan seolah-olah ia adalah sesuatu purusa.

Istilah: purusa kodrat dan purusa hukum (istilah resminya ialah badan hukum) bersandar pada pandangan (yang berasal dari ajaran hukum kodrat) bahwa menurut kodratnya manusia adalah subjek hukum dan yang lain-lainnya memperoleh kewenangan hukumnya dari hukum positif....."

Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto mengenai istilah badan hukum ini berpendapat sebagai berikut:[502]

"Dalam menerjemahkan *zadelijk lichaam* menjadi badan hukum, *lichaam* itu benar terjemahannya badan, tetapi hukum sebagai terjemahan *zadelijk* itu salah, karena arti sebenarnya susila. Oleh karena itu, istilah *zadelijk lichaam* dewasa ini sinonim dengan *rechts persoon*, maka lebih baik kita gunakan pengertian itu dengan terjemahan pribadi hukum".

Dalam B.W (*Burgelijk Wetboek*) Belanda istilah *rechts persoon* baru diperkenalkan pada permulaan abad ke-XX, yaitu pada saat diadakannya undang-undang tentang kanak-kanak (*Kinderwetten*). Menurut Pasal 292 ayat 2 dan Pasal 302 Buku I BW serta sejak diadakannya buku Titel

500 Jimly Asshiddiqie, Op.cit., hal 69.

501 Chidir Ali, Op.cit, hal 16.

502 Purnadi Purbacaraka, Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional (suatu orientasi), Edisi I, CV Rajawali, Jakarta, 1983 dalam Chidir Ali, Ibid, hal 17.

10 Buku III BW (lama) pada tahun 1838 abad yang lalu terdapat banyak ketentuan tentang apa yang dimaksud *rechts personen* tetapi istilah yang dipergunakan adalah *zedelijk lichaam* (badan susila). Titel 10 ini (Pasal 1600 s.d. 1702) telah dicabut sejak diundangkannya Buku II N.B.W (*new*, baru) tentang *rechts personen* pada tahun 1976. Buku II N.B.W tersebut dibagi dalam 7 titel, yaitu:[503]

Titel 1 : *Algemene bepalingen* (Peraturan Umum Pasal 1 – 25);
Titel 2 : *Verenigingen* (Perkumpulan-perkumpulan, Pasal 26 – 63);
Titel 3 : *Naamloze vennootschappen* (Perseroan Terbatas, Pasal 64 – 174);
Titel 4 : *Besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid* (Perseroan Tertutup dengan pertangungan jawab terbatas, Pasal 175 – 284);
Titel 5 : *Stichtingen* (Yayasan-yayasan, Pasal 285 – 305);
Titel 6 : *De jaarrekening* (Perhitungan tahunan, Pasal 306 – 343);
Titel 7 : *Het recht van enquete* (Hak angket, Pasal 344 – 359).

Sampai tahun 1976 hukum NV Perseroan Terbatas) dan BV (Perseroan Tertutup) diatur dalam W.v.K (KUH Dagang, Pasal 36 – 58g) dan dengan telah berlakunya Buku II B.W pada tahun 1976, maka peraturan NV dan BV dialihkan dalam B.W tersebut.[504]

Istilah badan hukum sudah merupakan istilah yang resmi, istilah ini dapat dijumpai dalam perundang-undangan, antara lain:

(1) dalam hukum pidana ekonomi istilah badan hukum disebut dalam Pasal 12 *Hamsterwet* (Undang-Undang penimbunan barang) L.N. 1951 N0.90 jo L.N. 1953 No.4. Keistimewaan *Hamsterwet* ini ialah *Hamsterwet* menjadi peraturan yang pertama di Indonesia yang memberi kemungkinan menjatuhkan hukuman menurut hukum pidana terhadap badan hukum. Kemudian kemungkinan tersebut secara umum ditentukan dalam Pasal 15 L.N. 1955 No.27;
(2) dalam Undang-Undang Pokok Agraria No.5 Tahun 1960 antara lain Pasal 4 ayat 1;
(3) dalam Perpu No.19 Tahun 1960 tentang Bentuk-bentuk Usaha Negara;
(4) dalam Undang-Undang Badan Usaha Milik Negara No.19 Tahun 2003 antara lain Pasal 35 ayat 2.

503 Ibid, hal 14.
504 Ibid, hal 15.

(5) dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas No.40 Tahun 2008 antara lain Pasal 1 ayat 9 dan ayat 10, Pasal 10, Pasal 13, Pasal 14, dan lain sebagainya.

Chidir Ali,[505] menyatakan bahwa untuk memberi pengertian tentang badan hukum merupakan persoalan teori hukum dan persoalan hukum positif, yaitu:

(1) Menurut teori hukum, "apa" badan hukum, dapat dijawab bahwa badan hukum adalah subjek hukum yaitu segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat itu oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban.
(2) Menurut hukum positif, "siapa" badan hukum, yaitu siapa saja yang oleh hukum positif diakui sebagai badan hukum.

Menurut Sri Soedewi Masjchoen[506], bahwa badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang bersama-sama bertujuan untuk mendirikan suatu badan, yaitu:

(1) berwujud himpunan, dan
(2) harta kekayaan yang disendirikan untuk tujuan tertentu, dan dikenal dengan yayasan.

Selanjutnya Salim HS[507] berpendapat bahwa badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang mempunyai tujuan (arah yang ingin dicapai) tertentu, harta kekayaan, serta hak dan kewajiban. Berdasarkan uraian tersebut, maka dapat dikemukakan bahwa unsur-unsur badan hukum, antara lain:

(1) mempunyai perkumpulan;
(2) mempunyai tujuan tertentu;
(3) mempunyai harta kekayaan;
(4) mempunyai hak dan kewajiban; dan
(5) mempunyai hak untuk menggugat dan digugat.

Adanya badan hukum (*rechts persoon*) di samping manusia tunggal (*natuurlijk persoon*) adalah suatu realita yang timbul sebagai suatu kebutuhan hukum dalam pergaulan di tengah-tengah masyarakat. Sebab, manusia selain mempunyai kepentingan perseorangan juga mempunyai kepentingan bersama dan tujuan bersama yang harus diperjuangkan

505 Ibid, hal 18.

506 Sri Soedewi Masjchoen dalam Salim HS, Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW), Sinar Grafika, Cetakan kelima, Jakarta, 2008, hal 26.

507 Salim HS, Op.cit., hal 26.

bersama pula. Karena itu mereka berkumpul mempersatukan diri dengan membentuk suatu organisasi dan memilih pengurusnya untuk mewakili mereka. Mereka juga memasukkan harta kekayaan masing-masing menjadi milik bersama, dan menetapkan peraturan-peraturan intern yang hanya berlaku di kalangan mereka anggota organisasi itu. Dalam pergaulan hukum, semua orang-orang yang mempunyai kepentingan bersama yang tergabung dalam kesatuan kerja sama tersebut dianggap perlu sebagai kesatuan yang baru, yang mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban anggota-anggotanya serta dapat bertindak hukum sendiri.

Sebagaimana halnya subjek hukum manusia, badan hukum memiliki hak dan kewajiban serta dapat pula mengadakan hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking*/*rechtsverhouding*) baik antara badan hukum yang satu dengan badan hukum lain maupun antara badan hukum dengan orang manusia (*natuurlijkpersoon*). Karena itu badan hukum dapat mengadakan perjanjian-perjanjian jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa dan segala macam perbuatan di lapangan harta kekayaan.[508]

Dengan demikian badan hukum adalah pendukung hak dan kewajiban yang tidak berjiwa sebagai lawan pendukung hak dan kewajiban yang berjiwa yakni manusia. Sebagai subjek hukum yang tidak berjiwa, maka badan hukum tidak mungkin berkecimpung di lapangan keluarga, seperti mengadakan perkawinan, melahirkan anak dan lain sebagainya.

Hukum memberi kemungkinan, dengan memenuhi syarat-syarat tertentu, bahwa suatu perkumpulan atau badan lain dianggap sebagai orang, yang merupakan pembawa hak, suatu subjek hukum dan karenanya dapat menjalankan hak-hak seperti orang biasa, dan begitu pula dapat dipertanggunggugatkan. Sudah barang tentu badan hukum itu bertindaknya harus dengan perantaraan orang biasa, akan tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya sendiri melainkan untuk dan atas pertanggunggugat badan hukum.

Menurut Chidir Ali[509] pengertian badan hukum sebagai subjek hukum itu mencakup hal berikut, yaitu:

- perkumpulan orang (organisasi);
- dapat melakukan perbuatan hukum (*rechtshandeling*) dalam hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking*);

508 Riduan Syahrani, Seluk Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata, Alumni, Bandung, 1985, hal 54.
509 Chidir Ali, Op.cit, hal 21.

- mempunyai harta kekayaan tersendiri;
- mempunyai pengurus;
- mempunyai hak dan kewajiban;
- dapat digugat atau menggugat di depan Pengadilan.

Setiap badan hukum yang dapat dikatakan mampu bertanggung jawab (*rechts bevoegheid*) secara hukum, haruslah memiliki empat unsur pokok, yaitu:[510]

1) Harta kekayaan yang terpisah dari kekayaan subjek hukum yang lain;
2) Mempunyai tujuan ideal tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;
3) Mempunyai kepentingan sendiri dalam lalu lintas hukum;
4) Ada organisasi kepengurusannya yang bersifat teratur menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan peraturan internalnya sendiri.

H.M.N Purwosutjipto mengemukakan beberapa syarat agar suatu badan dapat dikategorikan sebagai badan hukum. Persyaratan agar suatu badan dapat dikatakan berstatus badan hukum meliputi keharusan:[511]

(1) Adanya harta kekayaan (hak-hak) dengan tujuan tertentu yang terpisah dengan kekayaan pribadi para sekutu atau pendiri badan itu. Tegasnya ada pemisahan kekayaan perusahaan dengan kekayaan pribadi para sekutu;
(2) Kepentingan yang menjadi tujuan adalah kepentingan bersama;
(3) Adanya beberapa orang sebagai pengurus badan tersebut.

Ketiga unsur tersebut di atas merupakan unsur material (substantif) bagi suatu badan hukum. Kemudian persyaratan lainnya adalah persyaratan yang bersifat formal, yakni adanya pengakuan dari negara yang mengakui suatu badan adalah badan hukum.

Menurut Riduan Syahrani[512]ada beberapa syarat yang harus dipenuhi oleh suatu badan/perkumpulan/badan usaha agar dapat dikatakan sebagai badan hukum (*rechts persoon*). Menurut doktrin syarat-syarat itu adalah sebagai berikut di bawah ini:

510 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 71.

511 H.M.N. Purwosutjipto, Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia, Jilid 2, Djambatan, Jakarta, 1982, hal 63 dalam Ridwan Khairandy, Perseroan Terbatas: Doktrin, Peraturan Perundang-Undangan, dan Yurispudensi, Cetakan Kedua, Total Media, Yogyakarta, 2009, hal. 10.

512 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 61.

1) Adanya kekayaan yang terpisah;
2) Mempunyai tujuan tertentu;
3) Mempunyai kepentingan sendiri;
4) Ada organisasi yang teratur

Pada akhirnya yang menentukan suatu badan/perkumpulan/ perhimpunan sebagai badan hukum atau tidak adalah hukum positif yakni hukum yang berlaku pada suatu daerah/negara tertentu, pada waktu tertentu dan pada masyarakat tertentu. Misalnya, di Prancis dan Belgia, hukum positifnya mengakui Perseroan dan Firma sebagai badan hukum. Sedangkan di Indonesia hukum positifnya tidak mengakuinya sebagai badan hukum.

Dengan demikian, di dalam hukum modern dewasa ini, suatu badan, perkumpulan, atau suatu perikatan hukum untuk dapat disebut sebagai badan hukum haruslah memenuhi lima unsur persyaratan sekaligus. Kelima unsur persyaratan itu adalah:[513]

(1) harta kekayaan yang terpisah dari kekayaan subjek hukum yang lain;
(2) unsur tujuan ideal tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;
(3) kepentingan sendiri dalam lalu-lintas hukum;
(4) organisasi kepengurusannya yang bersifat teratur menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan peraturan internalnya sendiri;
(5) terdaftar sebagai badan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam B.W Indonesia atau KUH Perdata tidak mengatur secara lengkap dan sempurna tentang badan hukum (*rechts persoon*), dalam BW ketentuan tentang badan hukum hanya termuat pada Buku III Titel IX Pasal 1653 s/d 1665 dengan istilah "*van zedelijkelichamen*" yang dipandang sebagai perjanjian, karena itu lalu diatur dalam Buku III tentang Perikatan. Kata *rechts persoon* tidak dijumpai dalam Bab IX Buku III KUH Perdata, meskipun maksudnya yaitu antara lain mengatur *rechts persoon lijkheid* (kepribadian hukum) yaitu bahwa badan hukum itu memiliki kedudukan sebagai subjek hukum. Hal ini menimbulkan keberatan para ahli karena badan hukum adalah person, maka seharusnya dimasukkan dalam Buku I tentang Orang.

513 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 77.

Peraturan perundang-undangan lain yang mengatur tentang badan hukum ini antara lain termuat dalam Stb. 1870 No. 64 tentang pengakuan badan hukum; Stb 1927 No. 156 tentang Gereja dan Organisasi-organisasi agama; Undang-Undang No. 2 Tahun 992 tentang Usaha Perasuransian. Undang-Undang No. 25 tahun 1992 tentang Perkoperasian; Undang-Undang No.1 tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas; Undang-Undang No. 12 tahun 1998 tentang Perbankan dan Undang-Undang No.16 tahun 2001 tentang Yayasan yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 28 tahun 2004.[514]

Mengenai perwujudan badan hukum sudah berabad-abad lamanya menjadi perselisihan dan perjuangan pendapat dari para ahli hukum. Selama belum dapat diketemukan suatu pandangan dan pendapat yang tepat dan benar di dalam metode dari bentuk-bentuk pengertian umum dan dalam nilai bagi ilmu pengetahuan pada umumnya dan bagi tafsiran peraturan-peraturan undang-undang pada khususnya, selama itu pula akan tetap merupakan perjuangan pendapat. Hal ini dapat kita lihat, betapa banyaknya teori-teori mengenai badan hukum.

Untuk mengetahui hakikat badan hukum, dalam ilmu pengetahuan hukum timbul bermacam-macam teori tentang badan hukum yang satu sama lain berbeda-beda. Berikut ini dikemukakan 5 (lima) teori yang sering dikutip oleh penulis-penulis ahli hukum kita yakni sebagai berikut:[515]

(1) Teori Fiksi

Teori ini dipelopori oleh Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Teori ini dianut di beberapa negara, antara lain di negeri Belanda dianut oleh Opzomer, Diephuis, Land dan Houwing serta Langemeyer.

Menurut teori ini badan hukum itu semata-mata buatan negara saja. Badan hukum itu hanyalah fiksi, yakni sesuatu yang sesungguhnya tidak ada, tetapi orang yang menghidupkannya dalam bayangan sebagai subjek hukum yang dapat melakukan perbuatan hukum seperti manusia. Dengan kata lain sebenarnya

514 Neni Sri Imaniyati, Op.cit, hal 126.

515 Chidir Ali,Op.cit, hal 31-37; Ali Rido, Badan Hukum Dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf, Alumni, Bandung, 2004, hal 7-10; Lihat juga, Riduan Syahrani, Op.cit, hal 55-57; Salim HS, Op.cit, hal 29-31; Titik Triwulan Tutik, Op.cit, hal 48-50.

menurut alam hanya manusia selaku subjek hukum, tetapi orang menciptakan dalam bayangannya, badan hukum selaku subjek hukum diperhitungkan sama dengan manusia. Jadi, orang bersikap seolah-olah ada subjek hukum yang lain, tetapi wujud yang tidak riil itu tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan, sehingga yang melakukan ialah manusia sebagai wakil-wakilnya. Sehingga badan hukum bila akan bertindak harus dengan perantaraan wakilnya yaitu alat-alat perlengkapannya, misalnya: direktur atau pengurus dalam suatu perseroan terbatas atau korporasi.

(2) Teori Kekayaaan Bertujuan

Menurut teori ini hanya manusia saja yang dapat menjadi subjek hukum. Namun ada kekayaan (*vermogen*) yang bukan merupakan kekayaan seseorang, tetapi kekayaan itu terikat tujuan tertentu. Kekayaan yang tidak ada yang mempunyai dan terikat kepada tujuan tertentu inilah yang diberi nama badan hukum. Kekayaan badan hukum dipandang terlepas dari yang memegangnya (*onpersoonlijk/subjectloos*). Di sini yang penting bukan siapakah badan hukum itu, tetapi kekayaan tersebut diurus dengan tujuan tertentu. Karena itu, menurut teori ini tidak perduli manusia atau bukan, tidak perduli kekayaan itu merupakan hak-hak yang normal atau bukan, pokoknya adalah tujuan dari kekayaan tersebut.

Adanya badan hukum diberi kedudukan seperti sebagai orang disebabkan badan ini mempunyai hak dan kewajiban yaitu hak atas harta kekayaan dan dengannya itu memenuhi kewajiban-kewajiban kepada pihak ketiga. Oleh sebab itu, badan tersebut memiliki hak/kewajiban dengan begitu ia sebagai subjek hukum (*subjectum juris*). Kekayaan yang dimiliki biasanya berasal dari kekayaan seseorang yang dipisahkan atau disendirikan dari kekayaan orang yang bersangkutan dan diserahkan kepada badan tersebut, misalnya; Yayasan, Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), dan sebagainya.

Teori ini juga disebut ajaran Zweckvermogen, *destinataris theorie* atau *leer van het doelvermogen*. Penganut teori kekayaan bertujuan ini adalah A. Brinz (sarjana Jerman) dan diikuti oleh Van der Heijden dari Belanda.

(3) Teori Organ

Teori ini dikemukakan oleh sarjana Jerman, Otto von Gierke (1841-1921), pengikut aliran sejarah dan di negeri Belanda dianut oleh L.G. Polano. Ajarannya disebut *leer der volledige realiteit* ajaran realitas sempurna.

Menurut teori ini badan hukum itu seperti manusia, menjadi penjelmaan yang benar-benar dalam pergaulan hukum yaitu '*eine leiblichgeistige Lebensein heit*'. Badan hukum itu menjadi suatu '*verbandpersoblich keit*' yaitu suatu badan yang membentuk kehendaknya dengan perantaraan alat-alat atau organ-organ badan tersebut misalnya anggota-anggotanya atau pengurusnya seperti manusia yang mengucapkan kehendaknya dengan perantaraan mulutnya atau dengan perantaraan tanganya jika kehendak itu ditulis di atas kertas. Apa yang mereka (*organen*) putuskan, adalah kehendak dari badan hukum.

Badan hukum itu bukan abstrak (fiksi) dan bukan kekayaan (hak) yang tidak bersubjek. Tetapi badan hukum adalah suatu organisme yang riil, yang menjelma sungguh-sungguh dalam pergaulan hukum, yang dapat membentuk kemauan sendiri dengan perantaraan alat-alat yang ada padanya (pengurus, anggota-anggotanya), seperti manusia biasa yang mempunyai organ [panca indera] dan sebagainya.

Dengan demikian menurut teori organ, badan hukum bukanlah suatu hal yang abstrak, tetapi benar-benar ada. Badan hukum bukanlah suatu kekayaan (hak) yang tidak bersubjek, tetapi badan hukum itu suatu organisme yang riil, yang hidup dan bekerja seperti manusia biasa. Tujuan badan hukum menjadi kolektivitas, terlepas dari individu, ia suatu '*Verband personlichkeit* yang memiliki *Gesamwille*'. Berfungsinya badan hukum dipersamakan dengan fungsinya manusia. Jadi badan hukum tidak berbeda dengan manusia, dapat disimpulkan bahwa tiap-tiap perkumpulan/perhimpunan orang adalah badan hukum.

(4) Teori Kekayaan Bersama (*Propriete Collective Theory*)

Teori ini dikemukakan oleh Rudolf von Jhering (1818-1892) sarjana Jerman pengikut aliran/mazhab sejarah tetapi keluar. Pengikut teori ini adalah Marcel Pleniol (Prancis) dan Molengraaff

(Belanda), kemudian diikuti Star Busmann, Kranenburg, Paul Scolten dan Apeldoorn.

Menurut teori ini hak dan kewajiban badan hukum pada hakikatnya adalah hak dan kewajiban para anggota bersama-sama. Kekayaan badan hukum adalah milik (*eigendom*) bersama seluruh anggotanya. Orang-orang yang berhimpun tersebut merupakan suatu kesatuan dan membentuk suatu pribadi yang dinamakan badan hukum. Oleh karena itu, badan hukum adalah suatu konstruksi yuridis saja.

Pada hakikatnya badan hukum itu sesuatu yang abstrak. Teori kekayaan bersama ini berpendapat bahwa yang dapat menjadi subjek-subjek hak badan hukum, yaitu:

a. manusia-manusia yang secara nyata ada dibelakangnya;
b. anggota-anggota badan hukum; dan
c. mereka yang mendapat keuntungan dari suatu yayasan.

(5) Teori Kenyataan Yuridis

Teori ini dikemukakan oleh sarjana Belanda E.M. Meijers dan dianut oleh Paul Scholten, serta sudah merupakan *de heersende leer*. Menurut Meijers badan hukum itu merupakan suatu realitas, konkret, riil, walaupun tidak dapat diraba, bukan khayal, tetapi suatu kenyataan yuridis. Meijers menyebut teori tersebut sebagai teori kenyataan sederhana (*eenvoudige realiteit*), karena menekankan bahwa hendaknya dalam mempersamakan badan hukum dengan manusia itu terbatas sampai pada bidang hukum saja. Jadi menurut teori kenyataan yuridis badan hukum adalah wujud yang riil, sama riilnya dengan manusia.

Dengan kata lain, menurut teori ini badan hukum dipersamakan dengan manusia adalah suatu realita yuridis, yaitu suatu fakta yang diciptakan oleh hukum. Jadi adanya badan hukum itu karena ditentukan oleh hukum sedemikian itu. Sebagai contoh, koperasi merupakan kumpulan yang diberi kedudukan sebagai badan hukum setelah memenuhi persyaratan tertentu, tetapi Firma bukan merupakan badan hukum, karena hukum di Indonesia menentukan demikian (vide Pasal 18 KUH Dagang).

Menurut Chidir Ali, teori-teori badan hukum yang ada, sebenarnya dapat dihimpun dalam dua golongan yaitu:[516]

516 Chidir Ali, Op.cit, hal 30.

(1) teori yang berusaha ke arah peniadaan persoalan badan hukum, antara lain dengan jalan mengembalikan persoalan tersebut kepada orang-orangnya, yang merupakan orang-orang yang sebenarnya berhak. Termasuk golongan ini ialah teori Orgaan, teori kekayaan bersama.

(2). teori lainnya yang hendak mempertahankan persoalan badan hukum, ialah teori fiksi, teori kekayaan yang bertujuan, teori kenyataan yuridis.

Meskipun teori-teori tentang badan hukum tersebut berbeda-beda dalam memahami hakikat badan hukum, namun teori-teori itu sependapat bahwa badanbadan hukum dapat berkicimpung dalam pergaulan hukum di masyarakat, meskipun dengan beberapa pengecualian.

C. PEMBAGIAN BADAN HUKUM

Badan hukum dapat dibedakan menurut bentuknya, peraturan yang mengaturnya, dan sifatnya.[517]

1) Badan hukum menurut bentuknya (Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 3 NBW (BW Baru) negeri Belanda.

   Badan hukum menurut bentuknya adalah pembagian badan hukum berdasarkan pendiriannya. Ada dua macam badan hukum berdasarkan bentuknya, yaitu: (1) badan hukum publik dan badan hukum privat. Yang termasuk hukum publik adalah seperti negara, provinsi, kotapraja, majelis-majelis, lembaga-lembaga, dan bank-bank negara. Sedangkan yang termasuk badan hukum privat adalah perkumpulan-perkumpulan, Perseroan Terbatas (PT), Perusahaan Tertutup dengan tanggung jawab terbatas, dan yayasan.

2) Badan hukum menurut peraturan yang mengaturnya adalah suatu pembagian badan hukum yang didasarkan atas ketentuan yang mengatur badan hukum tersebut. Ada dua macam badan hukum berdasarkan aturan yang mengaturnya:

   a. badan hukum yang terletak dalam lapangan hukum perdata BW. Ini akan menimbulkan badan hukum perdata Eropa.

517 Salim HS, Op.cit, hal 26.

Yang termasuk badan hukum Eropa, adalah (1) *zedelijke lichaam*: Perhimpunan yang diatur dalam Buku III KUH Perdata (Pasal 1653 s.d Pasal 1665) dan Stb. 1870 No. 64, (2) PT. Firma, dan lain-lain yang didirikan menurut KUH Dagang, dan (3) CV didirikan menurut ketentuan Stb. 1933 No. 108;

b. badan hukum yang terletak dalam lapangan hukum perdata adat. Ini akan menimbulkan badan hukum Bumiputra. Yang termasuk badan hukum Bumiputra: (1) Maskapai Andil Indonesia (M.A.I) yang didirikan menurut Stb. 1939 No. 569; (2) perkumpulan Indonesia yang didirikan menurut Stb. 1939 No. 570; dan (3) koperasi Indonesia yang didirikan menurut Stb. 1927 No. 1.

3) Badan hukum menurut sifatnya (Utrecht dan Djindang, 1983). Badan hukum menurut sifatnya dibagi dua macam, yaitu: (1) korporasi (*corporatie*), dan yayasan (*stichting*).

Menurut Pasal 1653 BW badan hukum dapat dibagi atas 3 macam yaitu:[518]

(1) Badan hukum yang diadakan oleh pemerintah/kekuasaan umum, misalnya Daerah Tingkat I, Daerah Tingkat II/ Kotamadya, Bank-bank yang didirikan oleh negara dan sebagainya.

(2) Badan hukum yang diakui oleh pemerintah/kekuasaan umum, misalnya perkumpulan-perkumpulan, gereja dan organisasi-organisasi keagamaan dan sebagainya.

(3) Badan hukum yang didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang dan kesusilaan, seperti PT, perkumpulan asuransi, perkapalan dan lain sebagainya.

Selanjutnya Riduan Syahrani[519] mengemukakan bahwa badan hukum dapat dibedakan berdasarkan wujudnya dan jenisnya.

1) Berdasarkan wujudnya badan hukum dapat dibedakan atas dua macam:

a. Korporasi (*corporatie*) adalah gabungan (kumpulan) orang-orang yang dalam pergaulan hukum bertindak

518 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 57.
519 Ibid. hal 58-59.

bersama-sama sebagai suatu subjek hukum tersendiri. Karena itu korporasi ini merupakan badan hukum yang beranggota, akan tetapi mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban sendiri yang terpisah dengan hak-hak dan kewajiban-kewajiban para anggotanya. Misalnya: PT (NV), perkumpulan asuransi, para anggotanya. Misalnya: PT (NV), perkumpulan asuransi, perkapalan, koperasi, dan sebagainya.

b. Yayasan (*stichting*) adalah harta kekayaan yang ditersendirikan untuk tujuan tertentu. Jadi pada yayasan tidak ada anggota, yang ada hanyalah pengurusnya.

2) Berdasarkan jenisnya badan hukum dapat dibedakan atas dua macam:

a. Badan hukum publik;

b. Badan hukum privat.

Chidir Ali mengemukakan macam badan hukum publik dan badan hukum perdata (badan hukum privat), sebagai berikut:[520]

1). Badan hukum publik dapat dibedakan atas dua macam, yaitu:

a. Badan hukum yang mempunyai teritorial

Suatu badan hukum itu pada umumnya harus memperhatikan atau menyelenggarakan kepentingan mereka yang tinggal di dalam daerah atau wilayahnya. Misalnya, Negara Republik Indonesia itu mempunyai wilayah dari Sabang sampai Merauke. Provinsi Jawa Barat, Kotapraja-kotapraja masing-masing mempunyai wilayah: selain itu ada juga badan hukum yang hanya menyelenggarakan kepentingan beberapa orang saja, seperti subak di Bali, Water schape di Klaten;

b. Badan hukum yang tidak mempunyai teritorial

Adalah suatu badan hukum yang dibentuk oleh yang berwajib hanya untuk tujuan tertentu saja, contohnya Bank Indonesia adalah badan hukum yang dibentuk yang berwajib hanya untuk tujuan yang tertentu saja, yang dalam bahasa Belanda disebut *publiek rechtelijke* d*oel corporatie* dan oleh Soenawar Soekawati disebut badan hukum kepentingan. Badan hukum tersebut dianggap

520 Chidir Ali, Op.cit, hal 62-63.

tidak mempunyai teritorial, atau teritorialnya sama dengan teritorialnya negara.

2). Badan hukum perdata

Dalam badan hukum keperdataan yang penting ialah badan-badan hukum yang terjadi atau didirikan atas pernyataann kehendak dari orang-perorangan. Di samping ini, badan hukum publik pun dapat juga mendirikan suatu badan hukum keperdataan, misalnya Negara Republik Indonesia mendirikan yayasan-yayasan, PT-PT Negara dan lain-lain, bahkan daerah-daerah otonom dapat mendirikan seperti bank-bank daerah.

Ada beberapa macam badan hukum perdata, antara lain:

a) perkumpulan (*vereniging*) diatur dalam Pasal 1653 KUH Perdata, juga Stb. 1870-64 dan Stb. 1939-570.
b) Perseroan Terbatas (PT) diatur dalam Pasal 36 KUH Dagang;
c) Rederij diatur dalam Pasal 323 KHU Dagang,
d) *Kerkgenootschappen* diatur dalam Stb. 1927-156;
e) Koperasi diatur dalam Undang-Undang Pokok Koperasi no. 12 tahun 1967;
f) Yayasan dan lain sebagainya.

Untuk menentukan sesuatu badan hukum termasuk badan hukum publik atau termasuk badan hukum privat/perdata, dalam *stelsel* hukum Indonesia dapat dipergunakan kriteria, yaitu:[521]

a. dilihat dari cara pendiriannya/terjadinya, artinya badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yaitu didirikan oleh penguasa (negara) dengan undang-undang atau peraturan-peraturan lainnya, juga meliputi kriteria berikut;
b. lingkungan kerjanya, yaitu apakah dalam melaksanakan tugasnya badan hukum itu pada umumnya dengan publik/umum melakukan perbuatan-perbuatan hukum perdata, artinya bertindak dengan kedudukan yang sama dengan publik/umum atau tidak. Jika tidak, maka badan hukum itu merupakan badan hukum publik; demikian pula dengan kriteria;
c. Mengenai wewenangnya, yaitu apakah badan hukum yang didirikan oleh penguasa (negara) itu diberi wewenang untuk

521 Chidir Ali, Ibid, hal 62.

membuat keputusan, ketetapan atau peraturan yang mengikat umum. Jika ada wewenang publik, maka ia adalah badan hukum publik.

Demikianlah, jika ketiga kriteria (unsur) itu terdapat pada suatu badan atau badan hukum, maka ia dapat disebut badan hukum politik.

Menurut Salim HS,[522] yang termasuk kategori badan hukum privat adalah himpunan, PT, Firma, MAI, Koperasi dan yayasan. Perbedaanya dapat dibedakan berikut ini:

1. Perhimpunan
   1) Tujuan dan organisasi ditentukan oleh para anggota;
   2) Anggota-anggota itu sewaktu-waktu dapat diganti;
   3) Ada hubungan pelaksanaan tujuan dengan pekerjaan yang harus dilakukan oleh para anggota atau alat perlengkapan badan itu.
2. Perseroan Terbatas (PT)
   1) Persekutuan atau persetujuan antara dua orang atau lebih;
   2) Menyerahkan atau memusatkan sesuatu barang atau uang atau tenaga dengan maksud untuk mengusahakan itu dan membagi keuntungan yang didapatnya;
   3) Dengan modal perseroan yang tertentu yang terbagi atas saham-saham;
   4) Para persero ikut serta dalam modal itu dengan mengambil satu saham atau lebih;
   5) Melakukan perbuatan-perbuatan hukum di bawah nama yang sama, dengan tanggungjawab semata-mata terbatas pada modal yang mereka setorkan.
3. Firma
   1) didirikan oleh lebih dari satu orang dalam suatu perjanjian;
   2) memasukkan sesuatu (barang atau uang) dengan maksud untuk melakukan perusahaan di bawah satu nama;
   3) membagi keuntungan yang didapatnya;
   4) Anggota-anggotanya masing-masing langsung mempunyai tanggung jawab renteng (bersama) dan sepenuhnya terhadap pihak ketiga;
   5) Setiap pesero tidak dikecualikan berkuasa untuk bertindak

522 Salim HS, Op.cit, hal 28-29.

atas nama firma, mengeluarkan uang, mengadakan perjanjian-perjanian dan sebagainya.
6) Mengikat pesero lain kepada pihak ketiga;
7) Pendiirian harus dilakukan dengan akta notaris meskipun hal itu bukan merupakan syarat mutlak.

4. Maskapai Andil Indonesia (M.A.I)
1) Pemegang saham hanya orang-orang bumiputra;
2) Surat-surat saham harus atas nama;
3) Tidak dapat membeli sendiri sahamnya (*inkoop*)
4) Tidak diperkenankan menerima gadai saham-sahamnya.

5. Korporasi
1) para anggota secara bersama-sama mempunyai harta kekayaan;
2) para anggota bersama-sama merupakan orang yang memegang kekuasaan yang tertinggi;
3) para anggota dan pengurusnya yang menentukan maksud dan tujuan korporasi;
4) titik berat pada kekuasaannya dan kerja.

6. Yayasan
1) tujuan dan organisasi ditentukan oleh orang-orang yang mendirikan yayasan itu;
2) tidak ada organisasi anggota-anggota
3) Tidak ada wewenang pada pengurus untuk mengadakan perubahan yang mendalam terhadap tujuan dan organisasi;
4) Pelaksanaan tujuan terutama dengan modal yang diperuntukkan bagi tujuan itu.

1. Kekayaan Badan Hukum Terpisah dengan Kekayaan Pendiri, Pemilik, dan Pengurus

Harta kekayaan badan hukum diperoleh dari para anggota maupun dari perbuatan pemisahan yang dilakukan seseorang/partikelir/pemerintah untuk suatu tujuan tertentu. Adanya harta kekayaaan ini dimaksudkan sebagai alat untuk mencapai tujuan tertentu daripada badan hukum yang bersangkutan. Harta kekayaan ini, meskipun berasal dari pemasukan anggota-anggotanya, namun terpisah dengan harta kekayaan kepunyaan pribadi anggota-anggota itu. Perbuatan pribadi anggota-anggotanya tidak

mengikat harta kekayaan tersebut, sebaliknya, perbuatan badan hukum yang diwakili pengurusnya tidak mengikat harta kekayaan anggota-anggotanya.[523]

Unsur kekayaan yang terpisah dan tersendiri dari pemilikan subjek hukum lain, merupakan unsur yang paling pokok dalam suatu badan untuk disebut sebagai badan hukum (*legal entity*) yang berdiri sendiri. Unsur kekayaan yang tersendiri itu merupakan persyaratan penting bagi badan hukum yang bersangkutan (i) sebagai alat baginya untuk mengejar tujuan pendirian atau pembentukannya. Kekayaan tersendiri yang dimiliki badan hukum itu; (ii) dapat menjadi objek tuntutan dan sekaligus menjadi; (iii) objek jaminan bagi siapa saja atau pihak-pihak lain dalam mengadakan hubungan hukum dengan badan hukum yang bersangkutan.[524]

Dengan adanya unsur keterpisahan harta ini, maka siapa saja yang menjadi pemilik, pendiri dan pengurus badan hukum serta pihak-pihak lain yang berhubungan dengan badan hukum yang bersangkutan, haruslah benar-benar memisahkan antara unsur pribadi beserta hak milik pribadi, dengan institusi dan harta kekayaan badan hukum yang bersangkutan. Karena itu, perbuatan hukum pribadi orang yang menjadi anggota atau pengurus badan hukum itu dengan pihak ketiga tidak mempunyai akibat hukum terhadap harta kekayaan badan hukum yang sudah terpisah tersebut.

Menurut Arifin P. Soeria Atmadja[525], kekayaan badan hukum yang terpisah itu, membawa akibat antara lain:

a. kreditur pribadi para anggota badan hukum yang bersangkutan tidak mempunyai hak untuk menuntut harta kekayaan badan hukum tersebut;
b. para anggota pribadi tidak dapat menagih piutang badan hukum terhadap pihak ketiga;
c. kompensasi antara hutang pribadi dan hutang badan hukum tidak dimungkinkan;
d. hubungan hukum, baik persetujuan maupun proses antara anggota dan badan hukum, dilakukan seperti halnya antara badan hukum dengan pihak ketiga;

523 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 61.
524 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 71.
525 Arifin P. Soeria Atmadja, Op.cit, hal 124.

e. pada kepailitan, hanya para kreditur badan hukum dapat menuntut harta kekayaan yang terpisah.

2. Badan Hukum Memiliki Tujuan Tertentu dan Kepentingan Sendiri

a). Memiliki Tujuan Tertentu

Badan hukum memiliki tujuan tertentu dapat berupa tujuan yang idiil maupun tujuan komersial yang merupakan tujuan tersendiri daripada badan hukum. Jadi, bukan tujuan untuk kepentingan satu atau beberapa orang anggotanya. Usaha untuk mencapai tujuan tersebut dilakukan sendiri oleh badan hukum dengan diwakili oleh organnya. Tujuan yang hendak dicapai itu lazimnya dirumuskan dengan jelas dan tegas dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan.

Setiap badan hukum dipersyaratkan memiliki tujuan tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Tujuan badan hukum dapat berupa tujuan yang bersifat ideal tertentu, atau pun tujuan yang relatif lebih praktis yang bersifat komersial atau yang berkaitan dengan keuntungan. Misalnya, badan hukum dapat berorientasi mencari keuntungan (*profit-oriented*) atau tidak mencari keuntungan (*non-profit-oriented*). Tujuan-tujuan itu haruslah merupakan tujuan badan hukum sebagai institusi yang terpisah dari tujuan-tujuan yang bersifat pribadi dari para pendirinya atau pun pengurusnya. Karena itu, tujuan-tujuan institusi badan hukum ini sangat penting dirumuskan dengan jelas, sehingga upaya-upaya yang perlu dilakukan untuk mencapainya juga menjadi jelas.[526]

Tujuan dari badan hukum tersebut merupakan tujuan tersendiri dari badan hukum, sehingga tujuan badan hukum bukan merupakan tujuan pribadi dari seorang atau beberapa orang anggota organ badan hukum. Usaha mencapai tujuannya dilakukan sendiri oleh badan hukum sebagai subjek hukum yang mempunyai hak dan kewajiban sendiri dalam pergaulan hukum (*rechts betrekkingen*). Mengingat badan hukum hanya dapat bertindak melalui perantaraan organnya, perumusan tujuan hendaknya ditetapkan

526 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 72.

dengan tegas dan jelas. Dengan demikian, tidak menimbulkan penafsiran yang dapat menyulitkan kedudukannya sebagai badan hukum serta sangat penting bagi organ itu sendiri maupun pihak ketiga dalam hubungan antara badan hukum dengan dunia luar. Demikian pula hal ini memudahkan pemisahan apakah tindakan organ masih dalam batas-batas kewenangannya ataukah berada diluarnya, sehingga badan hukum tidak bertanggung jawab terhadap tindakan anggota organ badan hukum tersebut.[527]

Kejelasan hubungan antara usaha dan tujuan itulah yang nantinya akan menentukan lingkup kompetensi atau kewenangan badan hukum itu sendiri sebagai subjek hukum dalam dinamika lalu lintas hubungan-hubungan hukum. Kejelasan ini penting, karena badan hukum hanya dapat bertindak melalui perantaraan organ-organ jabatan yang ada di dalamnya, di mana pemegang jabatan-jabatan itu pada akhirnya adalah orang per orang pengurusnya atau anggotanya. Dengan adanya kejelasan lingkup kompetensi itu, tentu akan mudah untuk membedakan mana perbuatan yang bersifat pribadi dari pengurusnya dan mana perbuatan yang merupakan perbuatan badan hukum itu sebagai subjek hukum (*rechts persoon*).

b). Memiliki Kepentingan Sendiri

Setiap badan hukum dipersyaratkan harus memiliki kepentingan sendiri dalam lalu lintas hukum. Sebagai akibat adanya kekayaan yang tersendiri dan tujuan serta aktivitas tersendiri, maka badan hukum (*rechts persoon*) juga mempunyai kepentingan-kepentingan subjektif yang tersendiri pula dalam pergaulan hukum. Kepentingan-kepentingan subjektifnya itu sendiri dilindungi oleh hukum, sehingga setiap badan hukum dapat mempertahankan kepentingannya itu terhadap pihak lain dalam pergaulan hukum (*rechts betrekking*).

Badan hukum mempunyai kepentingan sendiri yang dilindungi oleh hukum. Kepentingan-kepentingan tersebut merupakan hak-hak subjektif sebagai akibat dari peristiwa-peristiwa hukum. Oleh karena itu, badan hukum mempunyai kepentingan sendiri dan menuntut serta mempertahankannya terhadap pihak ketiga dalam

527

pergaulan hukumnya. Kepentingan sendiri dari badan hukum ini harus stabil, artinya tidak terikat pada suatu waktu yang pendek, tetapi untuk jangka waktu yang panjang.[528]

Setiap badan hukum dalam usaha mencapai tujuannya mempunyai kepentingan tersendiri yang merupakan hak-hak subjektif sebagai akibat dan peristiwa hukum yang dilindungi oleh hukum. Oleh sebab itu, badan hukum dapat menuntut dan mempertahankan kepentingannya terhadap pihak ketiga dalam pergaulan hukum. Mengenai kepentingan badan hukum, Meijers berpendapat kepentingan badan hukum menghendaki adanya suatu kestabilan karena kepentingan yang tidak stabil, seperti organisasi pengumpulan dan untuk bencana alam yang bersifat temporer tidak dapat dikatakan sebagai badan hukum, meskipun dana yang terkumpul oleh panitia bukan merupakan milik panitia, karena organisasi dan pekerjaannya hanya untuk waktu yang singkat saja. Mengingat tidak mempunyai kepentingan yang stabil atau permanen, organisasi panitia tidak memenuhi salah satu syarat untuk menjadi badan hukum.

3. Tanggung Jawab Perbuatan Badan Hukum

Badan hukum adalah subjek hukum yang tidak berjiwa seperti manusia, sehingga badan hukum tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum sendiri, melainkan diwakili oleh orang-orang manusia biasa, namun orang-orang ini bertindak bukan untuk dirinya sendiri, tetapi untuk atas nama badan hukum, orang-orang ini bertindak tetapi untuk atas nama badan hukum ini disebut organ (alat perlengkapan seperti pengurus, direksi dan sebagainya) dari badan hukum yang merupakan unsur penting dari organisasi badan hukum itu.

Badan hukum bukanlah makhluk hidup sebagaimana halnya manusia. Badan hukum kehilangan daya berpikir, kehendaknya, dan tidak mempunyai "*centraal bewustzijn*". Oleh karena itu, ia tidak dapat melakukan perbuatanperbuatan hukum sendiri. Ia harus bertindak dengan perantaraan orang-orang biasa (*naturlijke personen*), tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya atau untuk dirinya saja, melainkan untuk dan atas pertanggungan gugat badan hukum.[529]

528 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 62.
529 Ali Rido, Op.cit, hal 15.

Ali Rido[530] mengungkapkan kemampuan hukum dari badan hukum, menurutnya karena badan hukum tidak termasuk kategori manusia, maka tidak dapat memperoleh semua hak, tidak dapat menjalankan semua kewajiban, tidak dapat melakukan semua perbuatan hukum yang dapat dilakukan oleh manusia.

(1) Kemampuan hukum atau kekuasaan hukum dari badan hukum dalam lapangan hukum harta kekayaan pada dasarnya menunjukan persamaan penuh dengan manusia selain secara tegas dikecualikan oleh undang-undang, badan hukum dapat membuat perjanjian, mempunyai hak pakai, mempunyai hak cipta, merek, paten dan dapat melakukan tindakan melanggar hukum (Pasal 1365 KUH Perdata), badan hukum juga dapat memakai nama. Pembatasan kemampuan hukum kekayaan ialah hak pakai badan hukum tidak lebih dari tiga puluh tahun.

(2) Dalam hukum keluarga dalam arti sempit badan hukum sama sekali tidak dapat bergerak. Di luar hukum kekayaan, badan hukum dapat menjadi wali.

Pasal 365 KUH Perdata mengatakan:

"Dalam segala hal, bilamana hakim harus mengangkat seorang wali, maka perwalian itu boleh diperintahkan kepada suatu yayasan atau Lembaga amal yang bertempat kedudukan di Indonesia, kepada suatu yayasan atau lembaga amal yang bertempat berkedudukan di sini pula, yang mana menurut anggaran dasarnya, akta-akta pendiriannya atau reglemen-reglemennya berusaha memelihara anak-anak belum dewasa untuk waktu yang lama".

Berbeda juga dengan manusia, badan hukum tidak dapat meninggal dunia akibat bubarnya badan hukum, harta kekayaannya tidak berpindah kepada ahli warisnya sebagaimana pada manusia. Karena badan hukum bukan manusia, maka badan hukum tidak mempunyai ahli waris (Pasal 830 KUH Perdata) dan tidak dapat membuat surat wasiat sebagaimana manusia (Pasal 895 KUH Perdata).

(3) Mengenai penghinaan terhadap badan hukum terdapat dua pendapat yang berbeda. Menurut pendapat Paul Scholten, dalam hukum keperdataan mungkin saja sejauh mengenai kehormatan dan nama baik dari badan hukum yang dilancarkan dengan

530 Ibid, hal 10-14.

sengaja. Karena pada akhirnya berlaku pula bagi manusia yang dilukai dan dihina kehormatan dan nama baiknya, yaitu pengurus dan korporasi juga anggota-anggotanya. Dapat dilakukan penuntutan berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata. Namun Keputusan Mahkamah Agung di Negeri Belanda (H.R.) dalam keputusannya tanggal 16 Pebruari 1891 (W.6083), menetapkan bahwa penghinaan dalam hukum pidana tidak mungkin selain terhadap manusia. Dengan putusan ini berarti Pasal 310 KUH Pidana tidak berlaku bagi badan hukum. Dasar yang dipakai ialah Undang-Undang dari tanggal 16 Mei 1929, S.34 Pasal 2.

Bagaimana organ dari badan hukum itu berbuat dan apa saja yang harus diperbuatnya serta apa saja yang tidak boleh diperbuatnya, semua ini lazimnya ditentukan dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan maupun dalam peraturan-peraturan lainnya. Dengan demikian, organ badan hukum tersebut tidak dapat berbuat sewenang-wenang, tetapi dibatasi sedemikian rupa oleh ketentuan-ketentuan atau peraturan-peraturan intern yang berlaku dalam badan hukum itu, baik yang termuat dalam anggaran dasar maupun peraturan-peraturan lainnya.

Tindakan organ badan hukum yang melampaui batas-batas yang telah ditentukan, tidak menjadi tanggung jawab badan hukum, tetapi menjadi tanggung jawab pribadi organ yang bertindak melampaui batas itu, kecuali tindakan itu menguntungkan badan hukum, atau organ yang lebih tinggi kedudukannya kemudian menyetujui tindakan itu. Dan persetujuan organ yang kdudukannya lebih tinggi ini harus masih dalam batas-batas kompetensinya.[531]

Hal ini sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam Pasal 1656 BW yang menyatakan:

> "Segala perbuatan, untuk mana para pengurusnya tidak berkuasa melakukannya, hanyalah mengikat perkumpulan sekadar perkumpulan itu sungguh-sungguh telah mendapat manfaat karenanya atau sekadar perbuatan-perbuatan itu terkemudian telah disetujui secara sah".

Kemudian Pasal 45 KUH Dagang menyatakan:

(1) "Tanggung jawab pengurus adalah tak lebih dari pada untuk menunaikan tugas yang diberikan kepada mereka dengan sebaik-

531 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 64.

baiknya; mereka pun karena segala perikatan dari perseroan, dengan diri sendiri tidak terikat kepada pihak ketiga".

(2) "Sementara itu, apabila mereka melanggar sesuatu ketentuan dalam akta, atau tentang perubahan yang kemudian diadakannya mengenai syarat-syarat pendirian, maka, atas kerugian yang karenanya telah diderita oleh pihak ketiga, mereka itu pun masing-masing dengan diri sendiri bertanggung jawab untuk seluruhnya".

Jadi jelas dalam hal organ bertindak di luar wewenangnya, maka badan hukum tidak dapat dipertanggungjawabkan atas segala akibatnya, tetapi organlah yang bertanggung jawab secara pribadi terhadap pihak ketiga yang dirugikan. Dua badan hukum yang semula diwakili organ itu tidak terikat dan tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban oleh pihak ketiga. Lain halnya kalau organ itu bertindak masih berada dalam batas-batas wewenang yang diberikan kepadanya, meskipun terjadi kesalahan yang dapat dikatakan perbuatan melanggar hukum (*onrechtsmatige daad*), badan hukum tetap bertanggung jawab menurut Pasal 1365 BW. Demikian pendapat sebagian besar ahli-ahli hukum, seperti Paul Scholten.[532]

4. Hukum Benda

Di dalam *Burgerlijk Wetboek* (yang selanjutnya disebut BW) ada dua istilah, yaitu benda (*zaak*) dan barang (*goed*).[533] Pengertian yang paling luas dari istilah zaakialah segala sesuatu yang dapat dihaki oleh orang. Di sini benda berarti objek sebagai lawan dari subjek atau orang dalam hukum. Ada perkataan benda itu dipakai dalam artian sempit, yaitu sebagai barang yang terlihat saja, juga dipakai dengan maksud kekayaan seseorang. Jika perkataan benda dipakai dalam arti kekayaan seseorang maka perkataan itu meliputi barang-barang yang tak terlihat yaitu hak, misalnya hak piutang atau penagihan.[534]

Pengertian tentang benda diatur pada Pasal 499 BW bahwa yang dinamakan kebendaan ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai oleh hak milik. Pengertian ini adalah abstrak, yang dinamakan dengan istilah subjek hukum (pendukung dan kewajiban). Kata dapat mempunyai arti yang penting, karena membuka berbagai kemungkinan, yaitu pada saat-saat yang tertentu sesuatu itu belum berstatus sebagai

532 Ibid, hal 65.

533 Badrulzaman, Mariam Darus, Mencari Sistem Hukum Benda Nasional, Bandung: Alumni, 2010,. Hal. 35.

534 Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen,, Hukum Benda, Yogyakarta: Liberty. 1981, hal. 14.

objek hukum, namun pada saat-saat yang lain merupakan objek hukum seperti aliran listrik.[535] Dalam BW memakai istilah *zaak* dipakai dalam dua arti, yaitu pertama dalam arti barang yang berwujud, yang kedua dalam arti bagian dari harta kekayaan.

Merujuk pada ketentuan Pasal 499 BW maka pengertian *zaak* (benda) dalam perspektif BW tidak saja benda berwujud barang (*goed*), namun juga termasuk pula di dalamnya pengertian benda yang tidak berwujud yang berupa hak-hak tertentu dari seseorang. Ini berarti objek dari suatu benda bisa saja hak milik (kepemilikan) intelektual atau hak atas kekayaan intelektual sebagai terjemahan dari *Intellectual Property Right*.[536] Pembagian benda dalam BW relatif lebih banyak dan cukup rinci bila dibandingkan dengan pembagian benda menurut hukum adat yang cukup sederhana, yaitu benda berupa tanah dan benda bukan tanah. Secara garis besar jenis-jenis benda yang dikenal BW adalah sebagai berikut:[537] a. Benda berujud dan benda tak berujud[538]; dan b. Benda bergerak dibedakan atas benda bergerak karena sifatnya menurut Pasal 509 BW, yang kedua benda bergerak karena ketentuan undang-undang menurut Pasal 511 BW, dan benda tidak bergerak dibedakan atas tak bergerak menurut sifatnya[539] dan tak bergerak karena tujuannya[540] ialah segala apa yang meskipun tidak secara sungguh-sungguh digabungkan dengan tanah atau bangunan dimaksudkan untuk mengikuti tanah atau bangunan itu untuk waktu yang agak lama, yaitu misalnya mesin-mesin dalam suatu pabrik, selanjutnya ialah tak bergerak karena memang demikian, diatur dalam Pasal 507 BW, dan tak bergerak menurut ketentuan undang-undang[541] Ini berwujud hak-hak atas benda yang tak bergerak, misal: hak memungut

535 Ibid.

536 Rachamadi Usman, Hukum Kebendaan, Jakarta: Sinar Grafika. 2011, hal. 59.

537 Trisadini P. Usanti, et.al., Buku Ajar Hukum Perdata, Surabaya: FH Universitas Airlangga. 2012, hal. 40.

538 lihat Pasal 503 BW

539 Subekti menjelaskan bahwa adapun benda yang tidak bergerak karena sifatnya ialah tanah, termasuk segala sesuatu yang secara langsung atau tidak langsung, karena perbuatan alam atau perbuatan manusia, digabungkan secara erat menjadi satu dengan tanah itu. Jadi, misalnya sebidang pekarangan, beserta dengan apa yang terdapat di dalam tanah itu dan segala apa yang dibangun di situ secara tetap (rumah) dan yang ditanam di situ (pohon), terhitung buah-buahan di pohon yang belum diambil. Lihat, Subekti, Pokok-Pokok Hukum Perdata, Intermasa. 2003. hal. 61-62.

540 Selanjutnya menurut Subekti bahwa Tidak bergerak karena tujuan pemakaiannya, ialah segala apa yang meskipun tidak secara sungguh-sungguh digabungkan dengan tanah atau bangunan, dimaksudkan untuk mengikuti tanah atau bangunan itu untuk waktu yang agak lama, yaitu misalnya mesin-mesin dalam suatu pabrik.

541 Selanjutnya, ialah tidak bergerak karena memang demikian ditentukan oleh undang-undang, segala hak atau penagihan yang mengenai suatu benda yang tidak bergerak. Ibid.

hasil atas benda tak bergerak, hak memakai atas benda tak bergerak, hipotek dan lain-lain. c. Benda habis pakai dan Benda tidak habis pakai terdapat dalam Pasal 505 BW.

Di samping pembedaan benda menurut Pasal 503, 504 dan 505 di dalam BW ada pembedaan macam-macam benda, yaitu:[542] a. Benda dalam perdagangan dan benda di luar perdagangan;[543] b. Benda yang sudah ada dan benda yang masih akan ada dibagi bersifat relatif dan bersifat mutlak;[544] c. Benda yang dapat dibagi dan benda yang tidak dapat dibagi[545], dan; d. Benda yang dapat diganti dan benda yang tidak dapat diganti.[546]

Dari pembagian akan macam-macam benda yang dikenal dalam BW, Pembagian benda yang penting dan menonjol adalah pembagian benda bergerak dan benda tidak bergerak[547], karena pembagian ini membawa akibat hukum yang berbeda, antara lain dalam pembebanan jaminan atau Bezwaring. Dalam BW sudah cukup rinci tentang macam

542 Ibid.

543 lihat Pasal 1332 BW

544 Lihat Pasal 1334 BW

545 lihat Pasal 1694 BW

546 lihat Pasal 1163 BW

547 Menurut Frieda Husni Hasbullah, pentingnya pembedaan tersebut berkaitan dengan empat hal yaitu penguasaan, penyerahan, kedaluwarsa, dan pembebanan. Keempat hal yang dimaksud adalah sebagai berikut: (1) Kedudukan berkuasa (bezit), Bezit atas benda bergerak berlaku sebagai titel yang sempurna (Pasal 1977 KUHPer). Tidak demikian halnya bagi mereka yang menguasai benda tidak bergerak, karena seseorang yang menguasai benda tidak bergerak belum tentu adalah pemilik benda tersebut. (2) Penyerahan (levering), Menurut Pasal 612 KUHPer, penyerahan benda bergerak dapat dilakukan dengan penyerahan nyata (feitelijke levering). Dengan sendirinya penyerahan nyata tersebut adalah sekaligus penyerahan yuridis (juridische levering). Sedangkan menurut Pasal 616 KUHPer, penyerahan benda tidak bergerak dilakukan melalui pengumuman akta yang bersangkutan dengan cara seperti ditentukan dalam Pasal 620 KUHPer antara lain membukukannya dalam register. Dengan berlakunya Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria ("UUPA"), maka pendaftaran hak atas tanah dan peralihan haknya menurut ketentuan Pasal 19 UUPA dan peraturan pelaksananya. (3) Pembebanan (bezwaring), Pembebanan terhadap benda bergerak berdasarkan Pasal 1150 KUHPer harus dilakukan dengan gadai, sedangkan pembebanan terhadap benda tidak bergerak menurut Pasal 1162 KUHPer harus dilakukan dengan hipotek. Sejak berlakunya Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, maka atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah hanya dapat dibebankan dengan Hak Tanggungan. Sedangkan untuk benda-benda bergerak juga dapat dijaminkan dengan lembaga fidusia menurut Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia. (4) Kedaluwarsa (verjaring), Terhadap benda bergerak, tidak dikenal kedaluwarsa sebab menurut Pasal 1977 ayat (1) KUHPer, bezit atas benda bergerak adalah sama dengan eigendom; karena itu sejak seseorang menguasai suatu benda bergerak, pada saat itu atau detik itu juga ia dianggap sebagai pemiliknya. Terhadap benda tidak bergerak dikenal kedaluwarsa karena menurut Pasal 610 KUHPer, hak milik atas sesuatu kebendaan diperoleh karena kedaluwarsa. Lihat, Frieda Husni Hasbullah, Hukum Kebendaan Perdata: Hak-Hak Yang Memberi Kenikmatan. Ind-Hil-Co. 2005, hal. 45-48.

pembagian jenis benda, namun kenyataannya dalam perkembangan adanya kebutuhan untuk menambah pembagian jenis benda yang baru selain yang sudah kenal dalam BW yakni benda terdaftar dan benda tidak terdaftar.

Dimaksud dengan benda terdaftar adalah benda-benda yang didaftar dalam suatu register umum yang dikelola oleh suatu instansi yang diberi wewenang untuk itu. Benda tidak terdaftar adalah benda-benda yang tidak terdaftar di dalam suatu register umum.[548] Untuk benda terdaftar cenderung mengikuti alur aturan main benda tidak bergerak. Arti penting pembedaan benda terdaftar dan benda tidak terdaftar terletak pada pembuktian kepemilikannya. Benda terdaftar dibuktikan dengan bukti pendaftarannya, umumnya berupa sertifikat atau dokumen atas nama pemilik, seperti tanah, kendaraan bermotor, hak cipta dan sebagainya. Pemerintah lebih mudah melakukan kontrol atas benda terdaftar, baik dari segi tertib administrasi kepemilikan maupun dari pembayaran pajaknya. Benda tidak terdaftar sulit untuk mengetahui dengan pasti siapa pemilik yang sah atas benda itu, karena berlaku asas 'siapa yang menguasai benda itu dianggap sebagai pemiliknya'. Contohnya: perhiasan, alat alat rumah tangga, benda elektronik, pakaian dan sebagainya.[549]

Hak kebendaan *zakelijk recht* ialah hak mutlak atas suatu benda, hak itu memberikan kekuasaan langsung atas suatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapa pun juga. Hak kebendaan lawannya adalah hak perseorangan atau *persoonlijk recht* merupakan bagian dari hukum perdata. Hak kebendaan dalam BW dapat dibedakan: 1. Hak kebendaan yang memberikan jaminan atau *zakelijk zekenheidsrecht* contoh: gadai, hipotek, hak tanggung, fidusia; 2. Hak kebendaan yang memberikan kenikmatan atau *zakelijk genotsrecht* contoh: hak milik, *bezit*.

D. HUKUM KELUARGA

1. Pengertian hukum keluarga

Istilah hukum keluarga berasal dari terjemahan *Familierecht* (Belanda) atau *law of familie* (Inggris). Dalam konsep Ali Afandi,[550] hukum

548 Moch. Isnaeni, Hipotek Pesawat Udara di Indonesia, Surabaya: Dharma Muda. 1996, hal. 19.

549 Departemen Keuangan Republik Indonesia, Badan Pendidikan dan Pelatihan Keuangan, 2009, Modul Hukum Benda. Hal. 5.

550 Ali Afandi, Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian Menurut KUHPerdata, Jakarta: Bina Aksara,

keluarga diartikan sebagai keseluruhan ketentuan yang mengenai hubungan hukum yang bersangkutan dengan kekeluargaan sedarah, dan kekeluargan karena perkawinan (perkawinan, kekuasaan orang tua,perwalian, pengampunan, keadaan tak hadir).

Ada dua hal penting dari konsep Ali Afandi tersebut, bahwa hukum keluarga mengatur hubungan yang berkaitan dengan kekeluargaan sedarah dan kekeluargaan karena perkawinan. Kekeluargaan sedarah adalah pertalian keluarga yang terdapat antara beberapa orang yang mempunyai keluhuran yang sama. Sedangkan kekeluargaan karena perkawinan adalah pertalian keluarga yang terdapat karena perkawinan antara seorang dengan keluarga sedarah dengan istri (suaminya).[551]

Tahir Mahmud, mengartikan hukum keluarga sebagai prinsip-prinsip hukum yang diterangkan berdasarkan ketaatan beragama berkaitan dengan hal-hal yang secara umum diyakini memiliki aspek religius menyangkut peraturan keluarga, perkawinan, perceraian, hubungan dalam keluarga, kewajiban dalam rumah tangga, warisan, pemberian mas kawin, perwalian, dan lain-lain.[552] Definisi Tahir Mahmud tersebut, pada dasarnya mengkaji dua sisi, yaitu tentang prinsip hukum dan ruang lingkup hukum. Sedangkan ruang lingkup kajian hukum keluarga meliputi peraturan keluarga, kewajiban dalam rumah tangga, warisan, pemberian mas kawin, perwalian, dan lain-lain. Apabila diperhatikan, definisi ini terlalu luas, karena menyangkut warisan, yang dalam hukum perdata BW merupakan bagian dari hukum benda.

Dalam definisi ini setidaknya memuat dua hal penting yaitu, kaidah hukum dan substansi (ruang lingkup) hukum. Kaidah hukum meliputi hukum keluarga tertulis dan hukum keluarga tidak tertulis. Hukum keluarga tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang bersumber daru undang-undang, traktat, dan yurisprudensi. Hukum keluarga tidak tertulis merupakan kaidah-kaidah hukum keluarga yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam kehidupan masyarakat. Misalnya, *mamari* dalam masyarakat sasak. Adapun ruang lingkup yang menjadi kajian hukum keluarga meliputi perkawinan, perceraian, harta benda dalam perkawinan, kekuasaan orang tua, pengampunan, dan perwalian.

---

hal. 93.

551 Titik Triwulan Tutik, Op.cit., hal. 73.

552 Salim H. S., Op.cit., hal. 55.

Berdasarkan definisi tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa hukum keluarga pada dasarnya merupakan keseluruhan kaidah hukum baik tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur hubungan hukum yang timbul dari ikatan keluarga yang meliputi:

a) Peraturan perkawinan dengan segala hal yang lahir dari perkawinan
b) Peraturan perceraian
c) Peraturan kekuasaan orang tua
d) Peraturan kedudukan anak
e) Peraturan pengampunan (*curatele*) dan
f) Peraturan perwlian (*voogdij).*

Hukum perdata barat mengandung prinsip bahwa hukum keluarga pada berbagai ketentuannya pada hakikatnya erat hubungannya dengan tata tertib umum. Dengan demikian maka segala tindakan yang bertentangan dengan ketentuan itu adalah batal demi hukum.

Dalam konsepsi hukum pedata Indonesia telah diadakan pernyataan bahwa Hukum Perdata Barat (BW) tidak lagi dianggap sebagai undang-undang yang mutlak berlaku. Ada beberapa pertimbangan yang melandasi ketentuan tersebut antara lain:

1) Ada tendensi bahwa BW mengaju pada alam liberalisme, sehingga perlu ditinggalkan dan menuju alam sosialisme Indonesia.
2) Maklumat Mahkamah Agung tentang tidak berlakunya sementara ketentuan karena tidak sesuai lagi dengan perubahan zaman dan bersifat diskriminatif.
3) Menjadikan jati diri bangsa Indonesia yang pliralitis, sehingga berbeda jauh dengan kondisi alam barat. Misalnya, dengan keberlakuan hukum islam dan hukum adat.[553]

Pada dasanya sumber hukum keluarga dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu sumber hukum keluarga tertulis dan sumber hukum perdata tidak tertulis. Sumber hukum keluarga tidak tertulis merupakan norma-norma hukum yang tumbuh dan berkembang serta ditaati oleh sebagian besar masyarakat atau suku bangsa yang hidup di wilayah Indonesia. Sedangkan sumber hukum keluarga tertulis berasal dari berbagai peraturan perundang-udangan, yurisprudensi, dan perjanjian (traktat).

Sumber hukum keluarga tertulis yang menjadi rujukan di Indonesia meliputi: (1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*);

553 Ali Afandi, Op. Cit., hal. 91.

(2) Peraturan Perkawinan Campuran (*Regelijk op de Gemengdebuwelijk*), Stb. 1898–158; (3) Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen Jawa, Minahasa, dan Ambon (*Huwelijke Ordonnnantie Christen Indonesiers),* Stb. 1933 -74; (4) Undang-Undang No. 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk (beragama Islam); (5) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; (6) Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang Perturan Pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; (7) Peraturan Pemeritah No. 10 Tahun 1983 jo. Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 1990 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil; dan (8) Instruksi Presiden No. 1 Tahun1991 tentang Kompilasi Hukum Islam di Indonesia yang berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam.[554]

2. Kekuasaan Orang Tua

Seorang anak sah sampai ia mencapai usia dewasa *dewasa atau kawin,* berada di bawah kekuasaan orang tuanya *selama kedua orang tua itu terikat dalam hubungan perkawinan.* Dengan demikian, kekuasaan orang tua itu mulai berlaku sejak lahirnya anak atau [dalam halnya anak luar kawin yang disahkan]. Oleh karena itu, kekuasaan orang tua adalah kekuasaan yang dilakukan oleh ayah dan ibu selama mereka itu terikat dalam perkawinan terhadap anak-anaknya yang belum dewasa. Demikian isi dari Pasal 299. Menurut Pasal 300 kekuasaan orang tua itu biasanya dilakukan oleh si ayah.

Jika bapak berada di laur kemungkinan melakukan kekuasaan itu yang melakukan kekuasaan adalah si ibu.[555]

Selanjutnya Pasal 240 memuat ketentuan bahwa setelah adanya keputusan perpisahan meja dan ranjang. Hakim harus memutuskan siapa diantara orang tua harus melekukan kekuasaan orang tua terhadap anak.

Di dalam hal ini bisa juga kekuasaan orang tua dilakukan si ibu. Mengenai pengertian Jadi belum dewasa perlu duperhatikan pasal-pasal seperti berikut:

Pasal 330: Orang yang belum dewasa adalah orang yang belum mencapai umur 21 tahun dan belum pernah kawin. Jka ia pernah kawin, dan ia masih belum mencapai umur 21 tahun ia tidak kembali dalam kedudukannya sebagai orang belum dewasa.

554 Titik Triwulan Tutik, Op. Cit., hal. 75-76.

555 Ali Afandi, Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian,Jakarta:PT RINEKACIPTA,1997, hal.155.

Jadi inti dari uraian di atas adalah:

1. Belum mencapai umur 21 tahun
2. Belum kawin.

Kembali berbicara tentang kekuasaan orang tua, dari kekuasaan itu diatur dalam Pasal 298-310. Isi dari kekuasaan orang tua itu dibagi menjadi 2 bagian.

1. Kekusaan terhadap pribadi seorang anak,
2. Kekuasaan terhadap kekayaan anak

Tentang kekuasaan tentang peribadi seorang anak terdapat ketentuan sebagai berikut:

Pasal 298 dan 301:

Tiap anak berapa pun umurnya, wajib menghormati dan menyegani orang tuanya. Orang tua wajib memelihara dan mendidik srmua anak yang belum dewasa.

Dan kekuasaan terhadap harta kekayaan anak terdapat ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

Ini dimuat dalam Pasal 307-318, yang perlu diperhatikan ialah pada Pasal 307: Orang yang memegang kekuasaan orang tua harus mengurus harta kekayaan si anak.[556]

3. Perwalian

Anak yang *belum mencapai umur 18 [delapan belas]* tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang *tidak berada di bawah kekuasaan orang tua,* berada di bawah kekuasaan wali. Pewalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya [Pasal 30 UU perkawinan].[557]

Yang dimaksud perwalian adalah pengawasan terhadap pribadi dan pengurusan harta kekayaan seorang anak yang belum dewasa jika anak itu tidak berada di tanah kekuasaan orang tua. Jadi, dengan demikian anak yang orang tuanya telah bercerai atau jika salah satu dari mereka atau semua meninggal dunia, berada di bawah perwalian. Terhadap anak di luar kawin, maka kaerena tidak ada kekuasaan orang tua anak itu selalu di bawah perwalian.

Anak yang berada di bawah perwalian disebut pupil, dan di sini ada 3 jenis perwalian:

556 Ibid. hal.155.

557 Subekti, Op.cit., hal.18.

1. Perwalian menurut undang-undang, yaitu yang disebut dalam Pasal 345.
   Jika salah satu orang tua meninggal maka perwalian demi hukum dilakukan oleh orang tua yang masih hidup terhadap anak kawin yang belum dewasa.
   Pasal 351. Jika yang jadi wali itu si ibu dan ibu ini kawin lagi maka suaminya menjadi kawan wali.
2. Perwalian dengan wasiat.
   Menurut Pasal 355 ditentukan bahwa tiap orang tua yang melakukan kekuasaan orang tua, atau perwalian, berhak mengangkat seorang wali bagi anaknya, jika perwalian itu berakhir pada waktu ia meninggal dunia atau berakhir dengan penetapan hakim. Perwalian seperti ini dapat dilakukan dengan surat wasiat atau dengan akta notaris.
3. Perwalian datif, yaitu apabila tiada ada wali menurut undang-undang atau wali dengan wasiat, oleh hakim ditetapkan seorang wali (Pasal 359).

Jika seandainya telah diputuskan suatu perceraian, maka dengan demikian tiada ada lagi kekuasaan orang tua, dan salah seorang dari orang tua harus di tetapkan sebagai wali.

Jika kedua orang tua semuanya dipecat dari kekuasaan orang tua, maka hakim juga harus menetapkan seorang wali. Menurut ketentuan dalam Pasal 365 maka jika hakim harus menetapkan seorang wali, maka ia dapat juga menetapkan sebagai wali, suatu perkumpulan yang berbadan hukum, suatu yayasan atau lembaga yang bertujuan memelihara anak-anak belum dewasa.

Menurut Pasal 306 harus ada wali pengawas dan ini dilakukan oleh Balai Harta Peninggalan. Selain dari Balai Harta Peninggalan masih ada juga suatu badan, yang disebut Dewan Perwakilan, yang anggotanya sebagian besar terdiri dari anggota Balai Harta Peninggalan, yang tugasnya mengurusi anak yang di percayakan kepadanya (416a).

Ketentuan-ketentuan itu sudah diatur dalam stbld No. 166. Tentang siapa yang dapat ditetapkan sebagai wali ada ketentuan–ketentuan sebagai berikut:

Pasal 332: Tiap orang wajib menerima penetapan sebagai wali, kecuali beberapa orang yang boleh mengajukan keberatan yaitu:

Pasal 332 a: seorang yang diangkat sebagai wali oleh salah satu dari kedua orang tua; seorang perempuan yang bersuami. Keberatan ini harus dinyatakan di kepaniteraan pegadilan negeri.

Pasal 347: orang-orang yang berada di luar negeri dengan tugas pemerintah, anggota-anggota ketentaraan dan angkatan laut; Orang-arang yang bertugas Pemerintah di luar Karesidenan mereka.

Pasal 379: Ini mengenai orang yang sama sekali tidak boleh menjadi wali, diantaranya:

- Pejabat-pejabat pengadilan,
- Orang yang sakit ingatan,
- Orang yang belum dewasa,
- Orang yang di bawah pengampunan,
- Orang yang di pecat yang kekuasaan orang tua atau perwalian,
- Para anggota pimpinan Balai Harta Peninggalan.[558]

Isi dari suatu perwalian ialah: sebagaimana juga di dalam hal kekuasaan orang tua, ada 2 rupa:

Tugas yang mengenai pribadi anak yang di bawah perwalian, dan pengurusan harta kekayaan si anak. Tentang tugas mengenai pribadi seorang anak menurut Pasal 383, maka itu terdiri dari perawatan dan pendidikan anak itu dan juga perwalian di muka pengadilan. Pengurusan harta kekayaan si anak, terdapat ketentuan-ketentuan seperti berikut:

Pasal 335: Tiap wali sebagai jaminan atas pengurusan, harta kekayaan si anak, di dalam waktu 1 bulan setelah perwaliannya mulai barjalan, harus mengadakan tanggungan yang berupa ikatan tanggungan (*borg*), hipotek atau gadai.

Pasal 386: Wali harus mengadakan daftar perincian dari barang kekayaan si anak, di dalam waktu 10 hari setelah mulai perwaliannya berjalan yang harus dihadiri oleh wali pengawas (Balai Harta Peninggalan). Hal-hal tersebut di atas adalah merupakan jaminan, bahwa harta kekayaan si anak dapat pengurusan yang baik.

558 Ali Afandi, Op.Cit, hal 157-158.

Selanjutnya hal-hal yang dapat dan tidak dapat dilakukan adalah seperti berikut:

Pasal 389: Wali harus menjual semua perabotan rumah tangga, dan barang bergerak lainnya yang tidak memberikan hasil, yang jatuh kepada si anak.

Pasal 390: Keharusan menjual tadi tidak berlaku jika perwalian itu dilakukan si ayah atau si ibu yang berhak atas hak petik hasil harta kekayaan si anak, untuk kemudian memberikan barang itu kepada si anak.

Pasal 396: Wali untuk kepentingan si anak tidak boleh meminjam uang, menjual atau menggadaikan barang tak bergerak dari si anak, dan tidak boleh juga ia menjual surat berharga dan piutang, kalau tidak dengan izin Pengadilan.

Pasal 395: Di dalam hal penjualan barang tak bergerak itu diizinkan oleh pengadilan maka penjual itu harus dilakukan di muka umum.

Pasal 400: Wali tidak boleh menyewa atau mengambil dalam hak usaha (*pacht*) barang-barang si anak untuk kepentingan diri sendiri tanpa izin Pengadilan.

Pasal 401: Wali tidak boleh menerima wrisan yang jatuh pada si anak, kecuali dengan hak istimewa akan pendaftaran harta peninggalan

Dalam berakhirnya perwalian dapat ditinjau dari dua segi, yaitu: (dalam hubungan terhadap dengan keadaan anak; dan (2) dalam hubungan dengan tugas wali.[559]

1) Dalam hubungan terhadap dengan keadaan anak

   Dalam hubungan ini, perwalian akan berakhir karena:

   - si anak yang di bawah perwalian telah dewasa (*meenderjarig)*
   - si anak (*meenderjarig)* meninggal dunia
   - timbulnya kembali kekuasaan orang tuanya (*ouderlijkkemacth)* dan
   - pengesahan seorang anak luar kawin.

2) Dalam hubungan dengan tugas wali

   Berkaitan dengan tugas wali, maka perwalian akan berakhir karena:

   - Wali meninggal dunia

559 Ibid, hal. 91

- Dibebaskan atau dipecat dari perwalian (*ontzettng of ontheffing) dan*
- Ada alasan pembebasan dan pemecatan dari perwalian (Pasal 380 B.W).

Sedangkan syarat utama untuk dipecat (*otzet)* sebagai wali, ialah karena disandarkan pada kepentingan *minderjarige* itu sendiri.

Pada setiap perwaliannya, seorang wali wajib mengadakan perhitungan tanggung jawab penutup. Perhitungan ini dilakukan dalam hal:

1. Perwalian yang sama sekali dihentikan yaitu kepada *minderjarige* atau kepada ahli warisnya
2 Perwalian yang dihentikan karena diri (*persoon)* wali, yaitu kepada yang menggantinya dan
3. *Minderjarige* yang sudah berada di bawah perwalian, kembali lagi berada di bawah kekuasaan orang tua, yaitu kepada bapak atau ibu *minderjarige* itu (Pasal 409 B.W).

4. Pengampunan

Dalam KUH Perdata [BW] ada ketentuan-ketentuan tentang apa yang dinamakan "*pengampunan*" *["curatele"]* yang tentunya hanya berlaku bagi mereka yang tunduk pada KUH Perdata [BW].

Orang yang sudah *dewasa* tetapi dungu, sakit otak atau mata gelap harus ditaruh di bawah pengampunan, sekalipun kadang-kadang ia cakap menggunakan pikirannya. Seorang dewasa juga boleh ditaruh di bawah pengampunan karena keborosannya. Setiap keluarga sedarah berhak meminta pengampunan seorang keluarga sedarahnya berdasarkan atas keadaannya: dungu, sakit otak atau mata gelap. Namun berdasarkan keborosannya, pengampunan itu hannya boleh diminta oleh para keluarga sedarahnya.

Akibat ditaruhnya seseorang di bawah pengampunan, perbuatan-perbuatan hukum yang dilakukannya setelah itu semuanya batal demi hukum. Pengadilan akan mengangkat seorang pengampu, sedangkan "pengampu pengawas" adalah Balai Harta Peninggalan.

Pengampunan berakhir apabila sebab-sebab yang mengakibatkannya telah hilang. Acara pembebasan dari pengampunan adalah sama dengan cara yang haru ditempuh sewaktu mengajukan

permohonan untuk menaruh orang itu di bawah pengampunan. Pembebasan dari pengampunan itu juga harus dimuat dalam *Berita Negara.*[560]

5. Adopsi

Adopsi adalah pengangkatan anak oleh seoarang dengan maksud untuk menganggapnya anak itu sebagai anaknya sendiri. Di dalam BW hal yang demikian itu tidak mungkin, karena BW memandang suatu perkawinan sebagai bentuk hidup bersama bukan untuk mengadakan keturunan. Karena adopsi itu di kalangan bangsa Tionghoa suatu perbuatan hukum yang lazim dilakukan, maka soal adopsi ini mendapat pengaturan sendiri yaitu dalam Stbld. 1917-129 Bab II.

Adapun hal-hal yang penting untuk diperhatikan ialah seperti berikut: Adopsi dapat dilakukan oleh suami-istri bersama-sama (Pasal ayat 2). Kalau adopsi dilakukan oleh seorang duda, maka ia harus tidak mempunyai keturunan di dalam garis laki-laki (Pasal 5 ayat 1). Seorang janda yang tidak kawin lagi dapat mengadakan adopsi. Jika dari suaminya yang telah meninggal dunia ia tidak mempunyai keturunan laki-laki [Pasal 5 ayat 3].

Orang yang diadopsi harus berumur paling sedikit 18 tahun lebih muda dari lelaki dan 15 tahun lebih muda dari perempuan bersuami atau janda yang melakukan adopsi (Pasal 7 ayat 1). Jika yang diadopsi itu seorang keluarga sedarah maka dengan diadakannya adopsi itu, anak itu harus menduduki derajat keturunan yang sama terhadap leluhurnya yang sama (Pasal 7 ayat 2) seperti belum diadopsi. Syarat-syarat untuk mengadakan adopsi adalah seperti berikut (Pasal 8):

1) Persetujuan yang melakukan adopsi
2) Persetujuan orang tua atau ayah atau ibu dari orang yang diadopsi
3) Persetujuan dari orang yang diadopsikan sendiri jika ia telah berusia 15 tahun
4) Jika adopsi dilakukan oleh seorang janda maka perlu juga persetujuan dari saudara lelaki yang dewasa dan ayah dari suami yang telah meninggal dunia, dan jika orang-orang ini telah meninggal dunia atau tidak berada di Indonesia, maka harus ada persetujuan dari keluarga laki-laki yang telah dewasa dari pancer ayah suami yang telah meninggal dunia hingga derajat ke-4.

560 Subekti, Op. Cit, hal 20.

Adapun akibat dari adopsi adalah sebagai berikut: Dengan adopsi, orang yang diadopsi itu, jika ia mempunyai nama keluarga lain dari pada orang yang melakukan adopsi, ia harus memakai nama keluarga [syeh] yang melakukan adopsi itu [Pasal II].[561]

Jika adopsi itu dilakukan oleh suami-istri maka anak yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan mereka, jika yang melakukan adopsi itu seorang duda, maka yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan dengan istri yang telah meninggal.

Jika yang melakukan adopsi itu seorang janda, maka orang yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan dengan suami yang telah meninggal dunia (Pasal 12).

Dengan adopsi, maka hubungan keperdataan yang berdasarkan kepada keturunan darah antara orang yang diadopsi dengan orang tuanya atau keluarganya sedarah dan semenda terputus kecuali di dalam hal:

1. Perderajatan di dalam hubungan kekeluargaan sedarah atau semenda sebagai larangan untuk kawin.
2. Ketentuan-ketentuan di dalam bidang hukum pidana yang berdasarkan keturunan sedarah; (tidak berlakunya pasal-pasal KUHP jika yang melakukan kejahatan itu keluar sendiri. Juga di dalam hal persaksian.
3. Kompensasi ongkos perkara dan *penggelan*.
4. Pembuktian dengan saksi; (ketentuan-ketentun yang mengenai persaksian keluarga).
5. Persaksian di dalam membuat akta otentik (Pasal 14).

6. Keadaan tidak hadir

Keadan tidak hadirnya seorang adalah keadaan di mana seorang meninggalkan tempat tinggalnya dan tidak diketahui di mana orang itu berada. Di dalam keadaan seperti ini terdapat ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

a) Tindakan sementara

Pasal 413. Jika tidak ditinggalkan suatu kuasa kepada seorang wakil untuk mewakilinya atau mengurusi kepentingannya, dan jika ada alasan yang mendesak, maka atas permintaan yang berkepentingan, atas tindakan jaksa, Pengadilan harus mamarintahkan kepada

561 Ali Afandi, Op. Cit, hal 151.

Balai Harta Peninggalan untuk mewakilinya atau mengurusi kepentingan orang yang tidak hadir itu.

b) Peryataan tentang dugaan seorang telah meninggal dunia.

Jika seorang telah sekian lamanya tidak hadir maka harus diperhatikan apakah ia meninggalkan surat kuasa atau tidak. Kalau ia tidak meninggalkan surat kuasa, maka berlaku ketentuan dalam Pasal 467 yang menentukan bahwa, jika keadaan itu telah berlangsung 5 tahun maka atas permintaan yang berkepentingan ia dengan izin pengadilan dipanggil untuk menghadap di muka pengadilan. Kalau orang itu tidak menghadap maka pengadilan diulangi sampai 3 kali dengan antarwaktu 3 bulan.

Pasal 468: Jika atas panggilan yang terakhir itu ia tidak menghadap, maka pengadilan boleh menyatakan orang itu diduga telah meninggal dunia, sejak waktu ia meninggalkan tempat tinggalnya, atau kabar terakhir tentang keselamatanya.

Jika ada surat kuasa, maka menurut Pasal 470 waktu tidak hadir itu harus genap 10 tahun, agar supaya pengadilan dapat mengadakan pernyataan dugaan telah meninggalnya seseorang.

Akibat dari pada pernyataan itu adalah bahwa para ahli waris dapat tampil ke muka untuk menuntut haknya, tapi dengan disertai jaminan agar supaya harta kekayaan berada di dalam pengutusan yang baik.

Demikian ini untuk menghadapi kemungkinan bahwa yang tidak hadir itu datang kembali. Harta warisan dapat dibagi-bagi. Terhadap ini semua harus diadakan jamianan atau tanggungan yang harus disahkan oleh pengadilan. Surat-surat wasiat dapat juga dibuka. Demikian isi Pasal 472.

Pasal 473: Jika tanggungan tiak dapat diberikan, maka harta-harta peninggalan harus duurus oleh pihak ke 3.

Pasal 474: Terhadap harta peninggalan itu para waris mempunyai hak petik hasil.

Pasal 476: Jika yang tak hadir pulang kembali, maka mereka yang telah menerima barang kekayaannya dalam penguasaan atau pengurusan harus melakukan perhitungan, pertanggungan jawab dan penyerahan kepada orang yang pulang kembali tadi.

E. HUKUM PERIKATAN

Perikatan berasal dari bahasa Belanda " *verbintenis*" atau bahasa Inggris "*binding*", yang dalam Bahasa Indonesia selain diterjemahkan sebagai 'perikatan', juga ada yang menerjemahkan sebagai 'perutangan.[562] Sedangkan menurut Subekti mendefinisikan bahwa suatu perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain itu berkewajiban untuk memenuhi tuntutan tersebut.[563]

Menurut Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, tiap-tiap perikatan itu dilahirkan dari:

a. Perjanjian,
b. Undang-Undang.

Kata " undang-undang" di sini mempunyai arti baik secara formil maupun secara materil meskipun sesungguhnya kata undang-undang itu terjemahan dari bahasa Belanda: *wet* namun dapat diartikan baik menurut peraturan (hukum) tertulis maupun tidak tertulis.

Dalam perikatan minimal ada dua pihak, pihak kesatu sebagai pihak yang berkewajiban sebagai pihak yang berhak. Konsekuensinya, bila suatu prestasi Dalam perikatan tidak dilaksanakan oleh yang berkewajiban atau sebaliknya, maka secara hukum pihak yang dirugikan dapat menuntut pemenuhan janji itu secara paksa atau menuntut ganti rugi.[564]

Pasal 1381 KUH Perdata menentukan beberapa penyebab hapusnya perikatan, yaitu:

1. pembayaran;
2. penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
3. pembaharuan utang;
4. perjumpaan utang atau kompensasi;
5. percampuran utang;
6. pembebasan utangnya;
7. musanahnya barang yang terutang;

562 Sri Soedewi masjhoen Sofran, Op.cit., hal 23.
563 Subekti, "Hukum Perjanjian", Cet Ke XL, PT. Interraasa, 1980 Hal. 27.
564 Ibid, hal 81.

8. kebatalan atau pembatalan
9. berlakunya suatu syarat batal, yang diatur dalam bab kesatu KUH Perdata;
10. lewatnya waktu.

Selain sebab-sebab hapusnya perikatan yang ditentukan oleh Pasal 1381 KUH Perdata tersebut, ada beberapa penyebab lain untuk hapusnya suatu perikatan, yaitu:

1. Berakhirnya suatu ketetapan waktu dalam suatu perjanjian;
2. meninggalnya salah satu pihak dalam perjanjian, misalnya meninggalnya pemberi kuasa atau penerima kuasa (Pasal 1813 KUH Perdata);
3. meninggalnya orang yang memberikan perintah;
4. karena pernyataan pailit dalam perjanjian *maatschap*;
5. adanya syarat yang membatalkan perjanjian.[565]

F. HUKUM PEMBUKTIAN

Menurut Riduan Syahrani, yang dimaksud dengan pembuktian adalah penyajian alat-alat bukti yang sah menurut hukum kepada hakim yang memeriksa suatu perkara guna memberikan kepastian tentang kebenaran peristiwa yang dikemukakan.[566] Lain lagi dengan Subekti yang menyatakan bahwa bahwa membuktikan adalah meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan. Pembuktian diperlukan dalam suatu perkara yang mengadili suatu sengketa di muka pengadilan (*juridicto contentiosa*) maupun dalam perkara-perkara permohonan yang menghasilkan suatu penetapan *(juridicto voluntair)*. Dalam suatu proses perdata, salah satu tugas hakim adalah untuk menyelidiki apakah suatu hubungan hukum yang menjadi dasar gugatan benar-benar ada atau tidak. Adanya hubungan hukum inilah yang harus terbukti apabila penggugat menginginkan kemenangan dalam suatu perkara. Apabila penggugat tidak berhasil untuk membuktikan dalil-dalil yang menjadi dasar gugatannya, maka gugatannya tersebut akan ditolak, namun apabila sebaliknya maka gugatannya tersebut akan

565 P.N.H. Simanjuntak, Op.cit., hal. 234.

566 Riduan Syahrani, Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004) hal. 83

dikabulkan.[567]

Dalam Hukum Acara Perdata, pembuktian yang dimaksud menurut penulis, berbeda dengan pembuktian dalam ranah hukum pidana. Dalam hukum pidana, sistem pembuktian yang dianut adalah sistem pembuktian stelsel negatif menurut ketentuan undang-undang (*negatief weterlijk stelsel*) untuk mencari kebenaran materiil (prinsip *beyond reasoble doubt*). Sementara dalam hukum acara perdata, kebenaran yang dicari dan diwujudkan oleh hakim cukup berupa kebenaran formil (*formeel warheid*). Dalam mencari kebenaran formil, prinsip yang patut dipegang oleh hakim antara lain adalah bahwa hakim bersifat pasif, yaitu tidak diperkenankan untuk mengambil prakarsa aktif untuk menambah atau mengajuan pembuktian yang diperlukan. Hal itu merupakan pilihan hak dari masing-masing pihak. Prinsip lain adalah bahwa putusan berdasarkan pembuktian fakta, yaitu ditolak atau dikabulkannya gugatan harus berdasarkan pembuktian dari fakta-fakta yang diajukan oleh para pihak.

1. Pengaturan Pembuktian dalam Hukum Positif

Dalam hukum positif, pembuktian, yang merupakan bagian dari hukum acara perdata, diatur dalam HIR *(Herziene Indonesische Reglement)* yang berlaku di wilayah Jawa dan Madura, Pasal 162 sampai dengan Pasal 177 dan RBg *(Rechtsreglement voor de Buitengewesten)* berlaku di luar wilayah Jawa dan Madura, Pasal 282 sampai dengan Pasal 314. Ketentuan yang menjadi landasan dari pembuktian adalah Pasal 283 RBg/163 HIR yang menyatakan:

> "Barang siapa mengatakan mempunyai suatu hak atau mengemukakan suatu perbuatan untuk meneguhkan haknya itu, atau untuk membantah hak orang lain, haruslah membuktikan adanya perbuatan itu."

Tidak semua dalil yang menjadi dasar gugatan harus dibuktikan kebenarannya, sebab dalil-dalil yang tidak disangkal, apalagi diakui sepenuhnya oleh pihak lawan tidak perlu dibuktikan lagi. Dalam hal pembuktian tidak selalu pihak penggugat saja yang harus membuktikan dalilnya. Hakim yang memeriksa perkara tersebut yang akan menentukan siapa diantara pihak-pihak yang berperkara yang diwajibkan memberikan

567 Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata, Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktik, (Bandung: Penerbit Alumni, 1983) hal. 53.

bukti, apakah pihak penggugat atau pihak tergugat. Dengan perkataan lain hakim sendiri yang menentukan pihak yang mana akan memikul beban pembuktian. Hakim berwenang membebankan kepada para pihak untuk mengajukan suatu pembuktian dengan cara yang seadil-adilnya.[568]

Dalam hukum acara perdata, terdapat beberapa teori pembuktian yang dikenal, yaitu:

1. Teori hukum subjektif (teori hak).
   Dalam teori ini menetapkan bahwa barang siapa yang mengaku atau mengemukakan suatu hak maka yang bersangkutan harus membuktikannya.
2. Teori hukum objektif
   Teori ini mengajarkan bahwa seorang hakim harus melaksanakan peraturan hukum atas fakta-fakta untuk menemukan kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya.
3. Teori hukum acara dan teori kelayakan
   Kedua teori ini bermuara pada hasil yang sama, yakni hakim seyogyanya berdasarkan kepatutan membagi beban pembuktian.[569]

Hukum pembuktian secara formil mengatur bagaimana mengadakan pembuktian seperti yang terdapat dalam HIR/Rbg, sedangkan dalam arti materiil mengatur dapat tidaknya diterima pembuktian dengan alat-alat ukti tertentu di persidangan serta kekuatan pembuktian dari bukti itu. Di sini, hal yang perlu dibuktikan hanyalah hal yang dibantah oleh pihak lawan saja. Hal-hal yang tidak perlu dibuktikan antara lain sebagai berikut:

1. *Notoire feiten*, yakni fakta/keadaan yang diperkirakan sudah diketahui oleh umum.
2. Pengakuan, yaitu bila tergugat mengakui apa yang digugat oleh penggugat
3. *Processueele*, yaitu fakta-fakta yang ditemukan hakim di muka sidang.

2. Alat Bukti dalam Hukum Acara Perdata

Dalam proses pembuktian, tentu saja diperlukan alat bukti untuk untuk mendukung dalil para pihak. Hukum acara perdata, mengatur dalam Pasal 164 HIR, bahwa terdapat 5 alat bukti yang dikenal, yaitu:

568 Ibid, hal 53.
569 Krisna Harahap, Hukum Acara Perdata, (Bandung: Penerbit Grafitri, 2003) hal. 69-70

1. Surat, diatur dalam Pasal 165–169
2. Saksi, diatur dalam Pasal 169–172
3. Persangkaan, diatur dalam Pasal 173
4. Pengakuan, diatur dalam Pasal 174–176
5. Sumpah, diatur dalam Pasal 177

Selain itu, sesungguhnya di luar Pasal 164 tersebut, terdapat dua alat bukti lain yaitu pemeriksaan di tempat atau *descente*, yaitu pemeriksaan mengenai perkara karena jabatannya yang dilakukan di luar gedung atau tempat kedudukan pengadilan agar hakim dapat melihat sendiri dan memperoleh gambaran atau keterangan yang memberi kepastian tentang peristiwa-peristiwa yang menjadi sengketa. Hal ini dijelaskan dalam Pasal 180 RBg/153 HIR ayat (1) yang menyatakan:

> "Jika dianggap dan berguna, maka Ketua dapat mengangkat seorang atau dua orang komisaris daripada pengadilan itu, yang dengan bantuan Panitera akan memeriksa sesuatu keadaan setempat, sehingga dapat menjadi keterangan kepada hakim."

Sedangkan alat bukti yang terakhir diungkapkan oleh Prof. Wirjono Prodjodikoro yaitu Keterangan Ahli. Hal ini juga ditegaskan oleh Pasal 181 RBg/154 HIR ayat (1) yang menyatakan:

> "Jika menurut pertimbangan pengadilan, bahwa perkara itu dapat menjadi lebih terang, kalau diadakan pemeriksaan seorang ahli, maka dapat ia mengangkat seorang ahli, baik atas permintaan kedua belah pihak, maupun karena jabatannya."

Ketentuan mengenai alat bukti lain juga diatur dalam Surat Ketua Mahkamah Agung RI kepada Menteri Kehakiman RI Nomor 37/TU/88/102/Pid tanggal 14 Januari 1988, yang menyatakan bahwa mikrofilm atau *mikrofische* dapat dijadikan alat bukti surat dengan catatan bila bisa dijamin keotentikannya yang dapat ditelusuri dari registrasi maupun berita acara. Selain itu juga dalam Pasal (5) Undang-Undang No. 11 tahun 2008 dinyatakan bahwa Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya merupakan alat bukti hukum yang sah dan merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai hukum acara yang berlaku di Indonesia.

Secara subtansi bahwa filosofi hukum pembuktian dalam sistem pembuktian yang dianut hukum acara perdata, tidak bersifat stelsel negatif menurut undang-undang (*negatief wettelijk stelsel*), seperti

dalam proses pemeriksaan pidana yang menuntut pencarian kebenaran. Kebenaran yang dicari dan diwujudkan dalam proses peradilan pidana, selain berdasarkan alat bukti yang sah dan mencapai batas minimal pembuktian, kebenaran itu harus diyakini hakim.

Prinsip inilah yang disebut *beyond reasonable doubt*. Kebenaran yang diwujudkan benar-benar berdasarkan bukti-bukti yang tidak meragukan, sehingga kebenaran itu dianggap bernilai sebagai kebenaran hakiki.[570] Sistem Pembuktian ini diatur dalam Pasal 183 KUHAP.[571] Namun, tidak demikian dalam proses peradilan perdata, kebenaran yang dicari dan diwujudkan hakim cukup kebenaran formil (*formeel waarheid*). Pada dasarnya tidak dilarang pengadilan perdata mencari dan menemukan kebenaran materiil. Akan tetapi bila kebenaran materiil tidak ditemukan, hakim dibenarkan hukum mengambil putusan berdasarkan kebenaran formil.[572]

570 R. Subekti, Hukum Pembuktian, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 2007, hal. 9.
571 Lihat, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, No. 8 Tahun 1981.
572 M. Yahya Harahap, Hukum Acara Perdata, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hal. 498.

BAB 15

HUKUM INTERNASIONAL

A. PENGERTIAN HUKUM INTERNASIONAL

Harus disadari, sebenarnya banyak sarjana yang mengemukakan pengertian atau batasan tentang hukum internasional. Akan tetapi perlu disadari terlebih dahulu, bahwa batasan atau pengertian tentang hukum internasional dari sarjana yang satu tidak persis sama dengan batasan atau pengertian yang lainnya. Meskipun demikian, dari pengertian atau batasan yang berbeda-beda itu, dapat ditarik perbedaan-perbedaan dan persamaan-persamaannya. Berikut ini beberapa pengertian hukum internasional yang dipaparkan oleh beberapa sarjana:

Hukum internasional adalah kumpulan ketentuan hukum yang berlakunya dipertahankan oleh masyarakat internasional. Sebagai bagian dari hukum, hukum internasional memenuhi unsur-unsur yang menetapkan pengeertian hukum, yakni kumpulan ketentuan yang mengatur tingkah laku orang dalam masyarakat yang berlakunya dipertahankan oleh "*external power*" masyarakat yang bersangkutan.[573]

Mochtar Kusumaatmaja mendefinisikan hukum internasional sebagai keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang menlintasi batas negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata.[574]

Menurut I Wayan bahwa kalau ditelaah lebih lanjut batasan yang dikemukakan oleh Mochtar ini, sebenarnya barulah menunjukkan batas-batas luar dari hukum internasional. Kata-kata kalimat "melintasi batas-batas Negara-negara" tampaknya dimaksudkan untuk menunjukkkan perbedaan antara hukum internasional dengan hukum nasional. Sedangkan dengan adanya kata-kata "yang bukan bersifat perdata" bermaksud untuk menunjukkan perbedaan sifat antara hukum

573 Sugeng Istanto, Hukum Internasional, (Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010), hal. 4-5.
574 Mohtar Kusumaatmadja, Pengantar Hukum Internasional, (Bandung: Alumni,1999), hal. 1.

internasional yang mengatur persoalan-persoalan yang bersifat publik dengan hukum perdata internasional.[575]

Akan tetapi, Mochtar Kusmaatmadja tidaklah berhenti hanya sampai di sini, sebab batasannya tersebut di atas masih dilanjutkannya lagi dengan penambahan batasan lain yang dapat dikatakan menunjukkan ruang lingkup dan subtansi dari hukum internasional, yaitu dalam kesempatan lain, Mochtar menegaskan bahwa hukum internasional adalah keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas Negara antara Negara dengan Negara, dan Negara dengan subjek hukum lain yang bukan Negara atau subjek hukum bukan Negara satu sama lain.[576]

Dari penegasan di atas, tampak dua hal yang ingin disampaikan oleh Mochtar:

> Pertama subjek-subjek hukum internasional oleh ia dibedakan kedalam dua kelompok, yaitu Negara dan subjek hukum bukan Negara.
>
> Kedua: ruang lingkup atau subtansi dari hukum internasional yang menurut Mochtar meliputi:
>
> a. Hubungan atau persoalan hukum antara neara dan negara
> b. Hubungan atau persoalan hukum antara negara dan subjek hukum bukan negara
> c. Hubungan atau persoalan hukum antara subjek hukum bukan negara dan subjek hukum bukan negara satu dengan lainnya.[577]

Hukum internasional dapat didefinisikan sebagai sekumpulan hukum yang sebagian besar terdiri atas prinsip-prinsip dan peraturan-peraturan yang mengatur tentang perilaku yang harus diaati oleh negara-negara, dan oleh karena itu juga harus diaati dalam hubungan-hubungan antara mereka satu dengan lainnya, serta yang juga mencakup:

a. Organisasi internasional, hubungan antara organisasi internasional satu dengan lainnya, hubungan peraturan-peraturan hukumm yang berkenaan dengan fungsi-fungsi lembaga atau antara organisasi internasional dan Negara atau Negara-negara dan hubungan antara organisasi internasional dengan individu atau individu-individu.

575 I Wayan Partehiana, Pengantar Hukum Internasional Kontemporer, (Bandung: Mandar Maju, 2003), hal. 8.
576 Mohtar Kusumaatmadja, Op.cit., hal. 3.
577 I Wayan Parthiana, Op.cit., hal. 9-10.

b. Peraturan-peraturan hukum tertentu yang berkenaan dengan individu-individu dan subjek-subjek hukum bukan Negara sepanjang hak-hak dan kewajiban-kewajiban individu dan subjek hukum bukan Negara tersebut bersangkut paut dengan masalah masyarakat internasional.[578]

Dari pengertian di atas, secara sepintas sudah diperoleh gambaran umum tentang ruang lingkup dan subtansi dari hukum internasional itu sendiri. Di dalamnya terkandung unsur subjek atau pelaku-pelaku yang berperan, hubungan-hubunganhukum antar subjek atau pelaku, serta hal-hal atau objek yang tercakup dalam pengaturannya, serta prinsip-prinsip peraturan hukum yang semuanya terjalin sebagai satu keseluruhan. Berkenaan dengan subjek hukumnya, tampaklah bahwa Negara tidak lagi merupakan stau-satunya subjek hukum internasional, sebagaimana pernah menjadi pandangan yang berlaku umum di kalangan para sarjana hukum internasional pada masa sekitar abad ke-19 dan awal abad ke-20. Ternyata subjek-subjek hukum internasional yang diakui eksistensinya dewasa ini, selain Negara, juga organisasi internasional, individu, dan subjek hukum bukan Negara.

Sedangkan mengenai subtansinya juga tampak bahwa subtansi hukum internasional itu sangat luas, yakni mencakup:

a. Prinsip-prinsip dan peraturan-peraturan hukum yang berkenaan dengan Negara atau Negara-negara, misalnya tentang kualifikasi suatu Negara sebagai pribadi internasional, terbentuknya maupun berakhirnya suatu Negara, peristiwa-peristiwa hukum yang dapat menimpa Negara dan pengaruhnya terhadap eksistensinya, hak-hak dan kewajiban-kewajiban Negara, dan lain-lainnya.
b. Prinsip-prinsip dan peraturan-peraturan hukum yang berkenaan dengan atau yang mengatur persoalan-persoalan tentang hubungan antara Negara dan Negara, seperti perjanjian-perjanjian internasional, hubungan diplomatik dan konsuler, hubungan dalam bidang politik dan ekonimi, dan lain-lainnya.
c. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan organisasi internasional dan fungsi-fungsinya, misalnya, tentang kualifikasi suatu organisasi internasional, kepribadian dan kemampuan hukum suatu organisasi internasional, tentang piagam, atau *statute* suatu organisasi internasional.

578 Ibid., hal. 4.

d. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur hubungan antara organisasi internasional dengan organisasi internasional, seperti perjanjian-perjanjian antara dua atau lebih organisasi internasional, penggabungan atau pun pemisahan suatu organisasi internasional dan semua konsekuensi hukumnya.
e. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur persoalan antara Negara dan organisasi internasional, seperti perjanjian antara Negara dan organisasi internasional.
f. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan individu dan subjek-subjek hukum bukan neara, sepanjang hak-hak dan kewajiban mereka itu menyangkut masalah masyarkat internasional.
g. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur hubungan antara organisasi internasional dengan individu, antara organisasi internasional dengan subjek hukum bukan Negara, maupun antara subjek hukum bukan Negara satu dengan lainnya.

Patut ditegaskan, bahwa individu atau pun subjek hukum bukan Negara barulah bisa dikatan berkedudukan sebagai subjek hukum internasional apabila hukum internasional secara langsung memberikan atau pun mengakui hak-hak dan kewajiban-kewajiban kepada individu maupun subjek hukum internasional bukan Negara itu.[579]

B. SEJARAH DAN PERKEMBANGAN HUKUM INTERNASIONAL

Pengungkapan sejarah sistem hukum internasional harus dimulai dari masa periode kuno, karena justru pada periode itu kaidah-kaidah yang mengatur hubungan antarmasyarakat internasional berupa adat istiadat. Traktat, kekebalan duta besar, peraturan perang ditemukakan sebelum lahirnya agama Kristen di India dan Mesir Kuno. Di Cina kuno ditemukan aturan penyelesaian melalui arbitrase dan mediasi. Demikian juga di Yunani kuno dan Romawi kuno. Sedangkan sistem hukum internasional merupakan suatu produk dari empat ratus tahun terakhir ini. Pada mulanya berupa adat istiadat dan praktik-praktik negara Eropa

579 Ibid,. 4-6.

modern dalam hubungan dan komunikasi antarmereka dan adanya bukti-bukti pengaruh dari para ahli hukum pada abad ke enambelas, tujuhbelas dan delapan belas. Lagi pula hukum internasional masih diwarnai oleh konsep-konsep kedaulatan nasional, kedaulatan teritorial, konsep kesamaan penuh dan kemerdekaan negara-negara yang meskipun memperoleh kekuatan dari teori-teori politik yang mendasari sistem ketatanegaraan Eropa modern juga dianut oleh negara-negara non Eropa yang baru muncul.[580]

Pada masa Romawi kuno, hukum yang mengatur hubungan antarkerajaan tidak mengalami perkembangan karena masyarakat bangsa-bangsa adalah satu imperium, yaitu Imperium Romawi. Sumbangan utama bangsa Romawi bagi perkembangan hukum pada umumnya dan sedikit sekali bagi perkembangan hukum internasional. Pada masa Romawi ini diadakan pembedaan antara *Ius Naturale* dan *Ius Gentium*. *Ius Gentium* (hukum masyarakat) menunjukkan hukum yang merupakan sub dari hukum alam (*Ius Naturale*). Pengertian *Ius Gentium* hanya dapat dikaitkan dengan dunia manusia, sedangkan *Ius naturale* (hukum alam) meliputi seluruh penomena alam. Sumbangan bangsa Romawi terhadap hukum pada umumnya yaitu dengan adanya *the Corpus Juris Civilis*, pada masa Kaisar Justinianus. Konsep-konsep dan asas-asas hukum perdata yang kemudian diterima dalam hukum internasional seperti *occupation, servitut, bona fides, pactasunt servanda*.

Pada masa kekuasaan Romawi, hukum internasional tidak mengalami perkembangan. Hal ini disebabkan karena adanya Imperium Romawi Suci (*Holly Roman Empire*), yang tidak memungkinkan timbulnya suatu bangsa merdeka yang berdiri sendiri, serta adanya struktur masyarakat eropa barat yang bersifat feodal, yang melekat pada hierarki otoritas yang menghambat munculnya negara-negara merdeka, oleh karenanya tidak diperlukan hukum yang mengatur hubungan antarbangsa-bangsa.[581]

Pada masa abad pertengahan atau biasa disebut sebagai *the Dark Age* (masa kegelapan), hukum alam mengalami kemajuan kembali melalui transformasi di bawah gereja. Peran keagamaan mendominasi sektor-sektor sekuler. Sistim kemasyarakatan di Eropa pada waktu itu terdiri

580 J.G.Starke, Pengantar Hukum Internasional, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 16.
581 Ibid,. 9-10

dari beberapa negara yang berdaulat yang bersifat feodal dan Tahta Suci. Pada masa itu munculah konsep perang adil sesuai dengan ajaran Kristen, yang bertujuan untuk melakukan tindakan yang tidak bertentangan dengan ajaran gereja. Selain itu, beberapa hasil karya ahli hukum memuat mengenai persoalan peperangan, seperti Bartolo yang menulis tentang tindakan balas yang seimbang (*reprisal*), Honore de Bonet menghasilkan karya *The Tree of Battles* tahun 1380.[582]

Meskipun pada abad pertengahan hukum internasional tidak mengalami perkembangan yang berarti, sebagai akibat besarnya pengaruh ajaran gereja, tetapi negara-negara yang berada di luar jangkuan gereja seperti di Inggris, Perancis, Venesia, Swedia, Portugal, benih-benih perkembangan hukum internasional mulai bermunculan. Traktat-traktat yang dibuat oleh negara lebih bersifat mengatur peperangan, perdamaian, gencatan senjata dan persekutuan-persekutuan.

Melemahnya kekuasaan gereja yang ditandai dengan upaya sekulerisasi, seperti yang dilakukan oleh Martin Luther sebagai tokoh reformis gereja, dan seiring dengan mulai terbentuknya negara-negara modern. Misalnya, Jean Bodin dalam Buku *Six Livers De la Republique* 1576, mengemukakan bahwa kedaulatan atau kekuasaan bagi pembentukan hukum merupakan hak mutlak bagi lahirnya entitas suatu negara.

Pada akhir abad pertengahan ini, hukum internasional digunakan dalam isu-isu politik, pertahanan dan militer. Hukum mengenai pengambilalihan wilayah berkaitan dengan eksplorasi Eropa terhadap benua Afrika dan Amerika. Beberapa ahli hukum seperti, Fransisco De Vittoria yang memberikan kuliah di Universitas Salamanca Spanyol bertujuan untuk justifikasi praktik penaklukan Spanyol. Ia menulis buku *Relectio de Indies*, yang menjelaskan hubungan bangsa Spanyol dan Portugis dengan bangsa Indian di benua Amerika. Di dalam buku itu juga dikemukakan bahwa negara tidak dapat bertindak sekehendak hatinya, dan *ius inter gentes* (hukum bangsa-bangsa) diberlakukan bukan saja bagi bangsa Eropa tetapi juga bagi semua umat manusia.

Alberico Gentili, dengan hasil karyanya *De Jure Belli Libri Tres* tahun 1598. Hasil pemikirannya lainnya adalah studi tentang hukum perang, doktrin perang adil, pembentukan traktat, hak-hak budak dan kebebasan di laut[583].

582

583 Ibid., 35-36.

Pada abad ke-l5 dan 16, telah terjadi penemuan dunia baru, masa pencerahan ilmu dan reformasi yang merupakan revolusi keagamaan yang telah memporakporandakan belenggu kesatuan politik dan rohani di Eropa dan menguncangkan fundamen-fundamen umat Kristen pada abad pertengahan.

Para ahli hukum pada abad tersebut telah mulai memperhitungkan evolusi suatu masyarakat negara-negara merdeka dan memikirkan serta menulis tentang berbagai macam persoalan hukum bangsa-bangsa. Mereka menyadari perlunya serangkaian kaidah untuk mengatur hubungan antarnegara-negara tersebut. Andai kata tidak terdapat kaidah-kaidah kebiasaan yang tetap maka para ahli hukum wajib menemukan dan membuat prinsip-prinsip yang berlaku berdasarkan nalar dan analogi. Mereka mengambil prinsip-prinsip hukum Romawi untuk dijadikan pokok bahasan studi di Eropa. Mereka juga menjelaskan preseden-preseden sejarah kuno, hukum kanonik, konsep semi teologis dan serta hukum alam.[584]

Hugo De Groot atau Grotius (1583-1645), orang yang paling berpengaruh atas keadaan hukum internasional modern dan dianggap sebagai Bapak Hukum Internasional. Karyanya yang terkenal adalah buku *on the law of war and peace (de jure Belli ac Pacis*) tahun 1625. Hasil karyanya itu menjadi karya acuan bagi para penulis selanjutnya serta mempunyai otoritas dalam keputusan-keputusan pengadilan. Sumbangan pemikirannya bagi perkembangan hukum internasional adalah pembedaan antara hukum alam dengan hukum bangsa-bangsa. Hukum bangsa-bangsa berdiri sendiri terlepas dari hukum alam, dan mendapatkan kekuatan mengikatnya dari kehendak negara-negara itu sendiri. Beberapa doktrin Grotius bagi perkembangan hukum internasional modern adalah pembedaan antara perang adil dan tidak adil, pengakuan atas hak-hak dan kebebasan-kebebasan individu, netralitas terbatas, gagasan tentang perdamaian, konferensi-konferensi periodik antara pengusa-penguasa negara serta kebebasan di laut yang termuat dalam buku Mare Liberium tahun 1609.[585]

Memasuki abad 17-18 Bentuk negara-negara tidak lagi berdasarkan kerajaan tetapi didasarkan atas negara-negara nasional, serta adanya

584 Starke, Op.cit., hal. 11.

585 Jawahir dan Pranoto Iskandar, Op.cit., hal. 39.

pemisahan antara gereja dengan urusan pemerintahan. Dasar-dasar perjanjan Westphalia kemudian diperkuat lagi dengan adanya perjanjian Utrecht, yaitu dengan menerima asas keseimbangan kekuatan sebagai asas politik internasional. Ada kecendrungan dari para ahli hukum untuk lebih mengemukakan kaidah-kaidah hukum internasional terutama dalam bentuk traktat dan kebiasaan dan mengurangi sedikit mungkin hukum alam sebagai sumber dari prinsip-prinsip tersebut.[586]

Hukum internasional berkembang lebih jauh lagi ketika memasuki abad ke 19. Beberapa faktor yang mempengaruhi perkembangan ini adalah adanya kebangkitan negara-negara baru, baik di dalam maupun di luar benua Eropa, Modernisasi sarana angkutan dunia, penemuan-penemuan baru, terutama di bidang persenjataan militer untuk perang. Kesemuanya itu menimbulkan kebutuhan akan adanya sistem hukum internasional yang bersifat tegas untuk mengatur hubungan-hubungan internasional tersebut. Pada abad ini juga mengalami perkembangan kaidah-kaidah tentang perang dan netralitas, serta meningkatnya penyelesaian perkara-perkara internasional melalui lembaga Arbitrase internasional. Praktik negara-negara juga mulai terbiasa dengan pembuatan traktat-traktat untuk mengatur hubungan-hubungan antarnegara. Hasil karya para ahli hukum, lebih memusatkan perhatian pada praktik yang berlaku dan menyampingkan konsep hukum alam, meskipun tidak meninggalkan pada *reason* dan *justice*, terutama apabila sesuatu hal tidak diatur oleh traktat atau kebiasaan.[587]

Hukum internasional mengalami perkembangan yang cukup penting Pada abad ini mulai dibentuk *Permanent of Court Arbitration* pada Konferensi Hague 1899 dan 1907. Pembentukan *Permanent Court of International Justice* sebagai pengadilan yudisial internasional pada tahun 1921, pengadilan ini kemudian digantikan oleh *International Court of Justice* tahun 1948 hingga sekarang. Terbentuk juga organisasi internasional yang fungsinya menyerupai pemerintahan dunia untuk tujuan perdamaian dan kesejahteraan umat manusia, seperti Liga Bangsa Bangsa, yang kemudian digantikan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa. Adanya perluasan ruang lingkup traktat multiulateral tidak saja dibidang sosial ekonomi tetapi juga mencakup perlindungan hak-hak dan kebebasan-kebesasan fundamental

586 J.G.Starke, Op.cit., hal. 13
587 Ibid., 14.

individu. Para ahli hukum internasional lebih memusatkan perhatian pada praktik-praktik dan putusan-putusan pengadilan.[588]

Sejalan dengan perkembangan dalam masyarakat modern, maka hukum internasional dituntut agar dapat mengatur mengenai energi nuklir dan termonuklir, perdagangan internasional. Pengangkutan internasional melalui laut, pengaturan ruang angkasa di luar atmosfir dan di ruang kosmos, pengawasan lingkungan hidup, menetapkan rezim baru untuk eksplorasi dan eksploitasi sumber-sumber daya alam di dasar laut di luar batas-batas teritorial, sistim jaringan informasi dan pengamana data-data komputer serta terorisme internasional.[589]

C. BENTUK-BENTUK HUKUM INTERNASIONAL

Terdapat beberapa bentuk perwujudan atau pola perkembangan yang khusus berlaku di suatu bagian dunia (region) tertentu:[590]

1. Hukum Internasional Regional
   Hukum Internasional yang berlaku/terbatas daerah lingkungan berlakunya, seperti Hukum Internasional Amerika/Amerika Latin, seperti konsep landasan kontinen (*Continental Shelf*) dan konsep perlindungan kekayaan hayati laut (*conservation of the living resources of the sea*) yang mula-mula tumbuh di Benua Amerika sehingga menjadi hukum Internasional Umum.
2. Hukum Internasional Khusus
   Hukum Internasional dalam bentuk kaidah yang khusus berlaku bagi negara-negara tertentu seperti Konvensi Eropa mengenai HAM sebagai cerminan keadaan, kebutuhan, taraf perkembangan dan tingkat integritas yang berbeda-beda dari bagian masyarakat yang berlainan. Berbeda dengan regional yang tumbuh melalui proses hukum kebiasaan. Hukum Internasional merupakan keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara:
   a. Negara dengan negara

588 Ibid., 14-15
589 Ibid,. 16.
590 (http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_internasional), diakses pada 14 september 2013.

b. Negara dengan subjek hukum lain bukan negara
c. Subjek hukum bukan negara satu sama lain

D. SUMBER-SUMBER HUKUM INTERNASIONAL

Sumber hukum internasional merupakan dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Pada dasarnya, sumber hukum internasional terbagi menjadi dua, yakni sumber hukum formal dan sumber hukum material.

Sumber hukum formal adalah prosedur hukum dan metode bagi pembentukan mengenai aturan untuk pengenaan secara umum mengikat secara hukum kepada pihak-pihak yang dituju. [591] Sumber hukum formal dalam hukum internasional ditegaskan dalam Statuta Mahkamah Internasional pasal 38 ayat (1). Menurut Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional, sumber-sumber hukum internasional yang dipakai oleh Mahkamah dalam mengadili perkara adalah sebagai berikut:[592]

1) Perjanjian Internasional

Perjanjian internasional yang menjadi sumber hukum utama atau primer dari hukum internasional adalah perjanjian internasional (*treaty*) baik berbentuk *law making treaty* maupun yang berbentuk *treaty contract*. *Law making treaty* artinya perjanjian internasional yang menetapkan ketentuan hukum internasional yang berlaku umum. Misalnya, Konvensi Wina tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik dan Konvensi Wina tahun 1963 tentang Hubungan Konsuler. Adapun *treaty contract* artinya perjanjian internasional yang menetapkan ketentuan-ketentuan hukum kebiasaan internasional yang berlaku bagi dua pihak atau lebih yang membuatnya dan berlaku khusus bagi pihak-pihak tersebut.[593]

Perjanjian internasional menjadi hukum terpenting bagi hukum internasional positif karena lebih menjamin kepastian hukum. Di dalam perjanjian internasional diatur pula hal-hal yang menyangkut hak dan kewajiban antara subjek-subjek hukum internasional (antar negara).

591 Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, Hukum Internasional Kontemporer, (Bandung: PT. Refika Aditama, 2006), hal. 53.
592 http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.
593 F Sugeng Istanto, Op.cit., hal. 18.

Dalam membuat suatu perjanjian internasional, hal yang paling penting adalah adanya kesadaran tiap-tiap pihak pembuat perjanjian untuk secara etis normatif mematuhinya.

2) Kebiasaan Internasional

Kebiasaan internasional (*international custom*) adalah kebiasaan yang terbukti dalam praktik umum dan diterima sebagai hukum. Contohnya, penyambutan tamu dari negara-negara lain dan ketentuan yang mengharuskan pemasangan lampu bagi kapal-kapal yang berlayar pada malam hari di laut bebas untuk menghindari tabrakan.

3) Prinsip Hukum Umum

Yang dimaksud prinsip-prinsip hukum umum di sini adalah prinsip-prinsip hukum yang mendasari sistem hukum modern, yang meliputi semua prinsip hukum umum dari semua sistem hukum nasional yang bisa diterapkan pada hubungan internasional. Dengan adanya prinsip hukum umum, Mahkamah Internasional diberi keleluasaan untuk membentuk dan menemukan hukum baru. Dengan demikian, tidak ada alasan bagi Mahkamah Internasional untuk menyatakan *nonliquet* atau menolak mengadili karena tidak adanya hukum yang mengatur persoalan yang diajukan.

4) Keputusan Pengadilan

Keputusan pengadilan yang dimaksud sebagai sumber hukum internasional menurut Piagam Mahkamah Internasional Pasal 38 ayat (1) sub d adalah pengadilan dalam arti luas dan meliputi segala macam peradilan internasional maupun nasional termasuk di dalamnya mahkamah dan komisi arbitrase. Mahkamah yang dimaksudkan di sini adalah Mahkamah Internasional Permanen, Mahkamah Internasional, dan Mahkamah Arbitrase Permanen.

Keputusan pengadilan nasional yang berkaitan dengan persoalan yang menyangkut hubungan internasional dapat dijadikan sebagai bukti dari telah diterimanya hukum internasional oleh pengadilan nasional di negara yang bersangkutan. Selain itu, keputusan pengadilan nasional di berbagai negara mengenai hal yang serupa dapat dijadikan bukti dari apa yang telah diterima sebagai hukum. Hal ini sangat memengaruhi

perkembangan hukum kebiasaan internasional. Perlu Anda pahami bahwa putusan badan-badan penyelesaian sengketa seperti putusan badan peradilan dan putusan badan arbitrase lazim disebut sebagai yurisprudensi.

5) Pendapat Para Sarjana Terkemuka di Dunia

Pendapat para sarjana terkemuka di dunia dapat dijadikan pegangan atau pedoman untuk menemukan apa yang menjadi hukum internasional, terlebih bagi sarjana yang bertindak dalam suatu fungsi yang secara langsung berkaitan dengan upaya penyelesaian persoalan hukum internasional. Pendapat tersebut misalnya sebagai berikut:

a. Para sarjana terkemuka yang menjadi Panitia Ahli Hukum (*Committe of Jurists*) yang diangkat oleh Liga Bangsa-Bangsa pada tahun 1920 untuk memberikan pendapatnya mengenai masalah Kepulauan Aaland.
b. Para sarjana hukum terkemuka yang menjadi anggota Panitia Hukum Internasional (*International Law Commission*) Perserikatan Bangsa-Bangsa.
c. Para sarjana hukum internasional terkemuka di bidang kodifikasi dan pengembangan hukum internasional yang dilakukan di bawah naungan organisasi bukan pemerintah (swasta) seperti *International Law Association, Institute de Droit International* dan banyak usaha serupa lainnya.[594]

Adapun sumber hukum material adalah materi-materi atau bahan-bahan yang membentuk atau melahirkan kaidah/norma tersebut, sampai dinamakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat.[595] Sumber hukum formal merupakan sumber hukum yang membahas materi dasar tentang substansi dari pembuatan hukum itu sendiri atau prinsip-prinsip yang menentukan isi ketentuan hukum internasional yang berlaku. Dalam pengertian ini, contoh sumber hukum material adalah prinsip bahwa setiap pelanggaran perjanjian menimbulkan kewajiban untuk memberikan ganti rugi. Korban perang harus diperlakukan secara manusiawi dan setiap perjanjian harus ditepati dengan penuh kejujuran (*pacta sunt servanda*).[596] Sumber hukum material juga dapat diartikan

594 http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.
595 Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, Op.cit., hal. 53.
596 F Sugeng Istanto, Op.cit., hal. 19.

sebagai dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Ada beberapa teori yang menjelaskan dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Teori-teori tersebut seperti berikut:

1) Teori Hukum Alam

   Menurut para penganut ajaran hukum alam, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah karena hukum internasional tersebut merupakan bagian dari hukum yang lebih tinggi, yaitu hukum alam. Ajaran hukum alam telah berhasil menimbulkan keseganan terhadap hukum internasional dan telah meletakkan dasar moral dan etika yang berharga bagi hukum internasional, juga bagi perkembangan selanjutnya.

2) Teori Kedaulatan

   Menurut aliran teori kedaulatan, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah kehendak negara itu sendiri untuk tunduk pada hukum internasional. Tokoh-tokoh dalam teori kedaulatan antara lain Hegel dan George Jellineck dari Jerman.

3) Teori Objektivis

   Menurut aliran teori objektivis, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah suatu norma hukum, bukan kehendak negara. Pendiri aliran atau teori ini dikenal dengan nama mazhab Wiena. Ajaran mazhab Wiena mengembalikan segala sesuatunya kepada suatu kaidah dasar (*grundnorm*). Tokoh mazhab Wiena adalah Hans Kelsen (dari Austria) yang dianggap sebagai bapak mazhab Wiena.

4) Teori Fakta Kemasyarakatan

   Menurut teori ini, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah fakta kemasyarakatan yang terdiri atas faktor biologis, sosial, dan sejarah kehidupan manusia. Hal ini didasarkan atas sifat alami manusia sebagai makhluk sosial yang memiliki hasrat atau naluri untuk selalu bergabung dengan manusia yang lain.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

Adji, Indriyanto Seno, *Korupsi: Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Jakarta: CV. Diadit Media, 2005.

Afandi, Ali, *Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian Menurut KUHPerdata,* Jakarta: Bina Aksara.

Afandi, Ali, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian*, Jakarta:PT RINEKACIPTA, 1997.

Agustino, Leo, ""Pemilihan Presiden Secara Langsung untuk Indonesia", dalam *Analisis CSIS, Di Ambang Krisis Konstitusi?*, Jakarta, Tahun 2002 No.2.

Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum* (*Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*), Cet. II,Jakarta: PT Gunung Agung, 2002.

Ali, Chidir, *Badan Hukum*. Bandung: 1987.

Arief, Barda Nawawi dan Muladi, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni,1984.

Arief, Barda Nawawi, *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fak. Hukum UNDIP, Semarang: 1999.

Arinanto, Satyo, "Pemilihan Presiden Secara Langsung: Beberapa Catatan," dalam Analisis CSIS, *Isu-isu Strategis Internasional dan Domestik*, Jakarta, Tahun 1997 No.2.

Aristoteles, *La Politica*, diterjemahkan kedalam bahasa inggris oleh Benjamin Jowett dan diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, *Politik*, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008.

Asshiddiqie, Jimly, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah* (*telaah perbandingan konstitusi berbagai negara*), Cet.1, Jakarta: UI-PRESS, 1996.

----------, *Hubungan Antar Lembaga Negara Pasca perubahan uud 1945*, Bahan ceramah pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpim) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara. Jakarta: 2008.

----------, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

----------, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia, Makalah, Bahan disampaikan pada *Lecture* Peringatan 10 Tahun KontraS. Jakarta: 26 Maret 2008.

----------, *Konstitusi dan Hukum Tata Negara Adat*, Makalah, Disampaikan sebagai bahan Keynote Speech pada Seminar Nasional tentang Konstitusi Kesultanan-Kesultanan Islam di Jawa Barat dan Banten. UIN Gunung Djati, Bandung: 5 April 2008.

----------, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004.

----------, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: Penerbit Kompas, 2010.

----------, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis.* Jakarta, PT Bhuana Ilmu Populer. (Selanjutnya: Jimly III) 2009. Disadur dari George N. Sabine, A *History A Political Theory.* Third Edition, (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto London; Holt, Rinehart and Winston, 1961).

----------, Orasi Ilmniah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47, Jember: Senin, 14 November, 2011.

----------, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009

----------, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid I, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.

----------, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid II, Setjen dan Kepeniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. (Selanjutnya Jimly II). Jakarta: 2006.

----------, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi, Setjen dan Kepaniteraan MKRI*, Cetakan Kedua, Jakarta: 2006.

----------, *Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945*, Makalah Disampaikan dalam

Simposium yang dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, 2003.

Astuti, Fuji, Dkk. *Hukum Tata Pemerintahan*, Jakarta: Pusat Penerbitan Universitas Terbuka, 2004.

Atmosudirdjo,Pradjudi, *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia. 1988.

Audah, Abdul Qadir. *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, 5 jilid, alih bahasa Ahsin Sakho Muhammad, dkk, ed. Ahsin Sakho Muhammad, dkk., Jilid II, Jakarta: PT. Kharisma Ilmu, 2008.

Azhary, Muhammad Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: Prenada Media, 2004.

Azhary, Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsio-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, cet. kedua, Jakarta: Kencana, 2004.

Bammelen, Mr. J.M. Van Hukum Pidana I, Bandung: Bina Cipta, 1987.

Bogdan, Michael, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum* (Penerjemah: Derta Sri Widowatie), Bandung: Nusa Media, 2010.

Budiarjo, Miriam, Dasar-dasar Ilmu Politik, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1992.

Budiarjo,Miriam, *Hak Asasi Manusia Dalam Dimensi Global*, Jurnal Ilmu Politik, Jakarta:No. 10, 1990.

Busroh, Abu Daud Busroh dan Abu Bakar, *Asas-asas Hukum Tata Negara*, Ghalia Indonesia, 1991.

Chazawi, Adami, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Bandung: Alumni, 2008.

----------, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 3*, Jakarta: PT raja Grafindo Persada, 2002.

Darus, Mariam dan Badrulzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, Bandung: Alumni, 2010.

Departemen Keuangan Republik Indonesia, *Badan Pendidikan dan Pelatihan Keuangan*, 2009.

Dicey, A.V, *Introduction to the study of the law of the constitution*, (Mc Milan and CO.,Limited St. Martin's Street, London, 1952. Diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Nurhadi, *Pengantar Studi Hukum*

Konstitusi, Bandung: Nusamedia, 2008.

Dirdjosisworo, Soedjono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2010.

Djamali, R.Abdoel, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006.

Djazuli, *Fiqh Jinayah* (*Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*), Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997.

Efendi, Sofyan acara Dies Natalis ke 18 Universitas Wangsa Manggala, Yogyakarta, pada 9 Oktober 2004 dengan tema *Revitalisasi Nilai Luhur Budaya Bangsa Sebagai Landasan Jatidiri Bangsa Indonesia*".

Fahmal, Muin, *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*, Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2008.

Faiz, Pan M., Menabur Benih Constitutional complaint, http://www.the celi.com. diakses pada 20 Februari 2014.

Farid, Zainal Abidin, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika: Jakarta, 2007.

Fasyah, Kemal dan Toni Andrianus Pito, Efrisa, *Mengenal Teori-teori Politik- Dari Sistem Politik sampai Korupsi*, Cet.I; Bandung: Penerbit Nuansa, 2006

Fatah, Eep Saefulloh, *Masalah dan Prospek Demokrasi di Indonesia*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.

----------, *Zaman Kesempatan*: *Agenda-agenda Besar Demokratisasi Pasca-Orde Baru*, Bandung: Mizan, 2000.

Fauzan,M dan Ahmad Kamil, *Kaidah-Kaidah Yurisprudensi*, Jakarta: Prenada Media, 2004.

----------, *Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Mahkamah Agung, 1995.

Friedman, M. Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1975, Diterjemahkan kedalam Bahasa Indonesia oleh M. Khazim, *Sistem Hukum- Perspektif Ilmu Sosial,* Bandung: Nusa Media, 2009.

Fuady, Munir, *Perbuatan Melawan Hukum*: *Pendekatan Kontemporer*, Bandung: Citra Adiya Bakti, 2005.

Garner, Bryan A, Black's Law Dictionary, Eight Edition,West Publishing Co, St. Paul Minn, 2004.

Halim, A. Ridwan, *Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab*, Cetakan Kedua, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985.

Hamzah, Andi, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 1994.

Hanafi, Ahmad, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1990.

Harahap M. Yahya, *Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005.

Harahap, Krisna, *Hukum Acara Perdata*, Bandung: Penerbit Grafitri, 2003

Harrop, Martin dan Rod hague, *Comperative Government and Politics an introduction*, 5 ed, New York: Palgrave, 2001.

Hart, H.L.A. The Concept of Law, Clarendo Press-Oxford: New York, 1197, diterjemahkan oleh M. Khozim, Konsep Hukum, Bandung: Nusa Media, 2009.

Hasbullah, Frieda Husni, *Hukum Kebendaan Perdata: Hak-Hak Yang Memberi Kenikmatan*. Ind-Hil-Co. 2005.

HR, Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2002.

HS, *Salim*, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis* (*BW*), Jakarta: Sinar Grafika, 2003.

Huda, Chairul, "*Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan'*", Jakarta: Prenada Media, 2006.

Husaini, S. Ahmed Waqar *Islamic Enviromental System Engineering*, diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin, *Sistem Pembinaan Masyarakat Islam*, Bandung: Pustaka Salman ITB, 1983.

Husak, Douglas, *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Ibrahim, Harmaily dan Moh. Kusnardi, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Cet. VII; Jakarta: PT Budi Chaniago, 1988.

Imaniyati, Neni Sri, *Hukum Bisnis: Telaah tentang Pelaku dan Kegiatan Ekonomi*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009.

Iskandar, Pranoto dan Jawahir Thontowi, *Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: PT.Refika Aditama, 2006.

Isnaeni, Moch. 1996, *Hipotek Pesawat Udara di Indonesia*, Surabaya: Dharma Muda.

Istanto, Sugeng, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010

Iver, Mac, *The Modern State*, Oxford University Press, t.t. diterjemahkan

kedalam bahasa Indonesia Oleh Moertono, *Negara Modern*, Jakarta: Bina Aksara, 1988.

Jamal, Adnan, *Konfigurasi Politik dan Hukum Institusionalisasi Judial Review di Indonesia*, Makassar: Pustaka Refleksi, 2009.

Jan, Rammelink, *Hukum Pidana*: *Komentar Atas Pasal-Pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama: 2003.

Jonkers, J.E., Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht),terj. Tim Penerjemah Bina Aksara, "Hukum Pidana Hindia Belanda", Jakarta: PT. Bina Aksara, 1987.

Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 2001

Kamus Hukum, Citra Umbara, Bandung, 2008.

Kansil, CST, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kedelapan, Jakarta: Balai Pustaka, 1989.

Kant, Immanual, *first and second principle* dalam Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Services, Selangor: 2005.

Karakamisheva, Tanja, *Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice* (Case Study – Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia),

Kartanegara, Satochid. *Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah*, Balai Lektur Mahasiswa, Tanpa Tahun.

Kartohadiprodjo, Soediman, *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Jakarta: PT Pembangunan, 1986.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State,* New York: Russell & Russell, 1961.

Komariah, *Hukum Perdata*, Malang: UMM Press, 2002.

Kurnia, Mahendra Putra, *Hukum Kewilayahan Indonesia*, *Harmonisasi Hukum Pengembangan Kawasan Perbatasan NKRI Berbasis Teknologi Geospasial*, Malang: UB Press, 2011.

Kusniati, Retno, *Sejarah Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia dalam Kaitannya dengan Konsepsi Negara Hukum*, Makalah disampaikan pada Bimbingan Teknis HAM Kantor Wilayah Kementrian Hukum dan HAM Jambi di Hotel Ceria Jambi tgl 24 Mei 2011.

Kusumaatmadja, Mochtar, *Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjajaran; Bandung: diedarkan oleh Penerbit Bina Cipta, 1986.

Kusumaatmadja, Mohtar, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Alumni,1999

L.Panggabean, S.R. Sianturi dan Mompang, *Hukum Penitensia di Indonesia*, Jakarta: Alumni AHAEMPETEHAEM, 1996.

Lamintang, P.A.F. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar Baru, 1984.

Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sumur Batu, 1983.

----------, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997.

Lestari, Maria Maya, *Penyelesaian Sengketa Pemilu Legislatif Berdasarkan Jenis Pelanggarannya*, dalam Jurnal Konstitusi Universitas Riau Vol 2, No 01, 2008.

Lijphart, Arend, *Parliamentary versus Presidential Goverment*; diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Ibrahim R.dkk, *Sistem Pemerintahan Parlementer dan Presidensial*, Cet. 1, Ed.1; Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1995.

Machmudin, Dudu Duswara, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bandung: Refika Aditama, 2010.

Manan, Bagir, *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia*, Bandung: Alumni, 2001.

Marpaung, Laden, *Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana*, Cet.II; Jakarta: Sinar Grafika, 2005.

Marzuki, Muh. Laica *Otonomi Daerah dan Implikasinya Bagi Peradilan Tata Usaha Negara, Dalam Jurnal Meritokrasi*, Vol. 1. No. 1.

Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana, 2009.

Mas'udi, Masdar Farid, *Syara UUD 1945 Perspektif Islam*, Tanggerang Selatan: Pustaka Alvabet, 2013.

Mauna, Boer, *Hukum Internasional Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam era Dinamika Global*, Bandung: Alumni, 2000.

Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum; Suatu Pengantar,* Yogyakarta: *Liberty*, 2005.

----------, *Penemuan Hukum; Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2007,

Mochamad Munir, 1998, *Penegakan Hukum Dalam Masyarakat*, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, dalam buku berjudul Menuntaskan Agenda Reformasi; Dinamika Pembangunan Hukum di Indonesia, Setara Press dan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang: 2008.

Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*: Edisi Revisi, Jakarta: Rineka Cipta, 2008.

Moeljatno, *Delik-Delik Percobaan, Delik-Delik Penyertaan*, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985.

Moeljatno, KUHP, Jakarta: PT Bumi Aksara, 2003,

Mubarak, Jaih, *Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah*, Bandung: Bani Quraisy, 2004.

Muchsin, *Ikhtisar Hukum Indonesia*, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005.

Muhtaj, El Majda, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Jakarta: Prenada Media, 2005.

Muslich, Ahmad Wardi, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayah,* Jakarta: Sinar Grafika, 2004.

Mustofa, Bachsan, *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.

Na'a, Suprin dan I Gede Pantja Astawa, *Memahami Ilmu Negara dan Teori Negara*, Bandung: Refika Aditama, 2009,

Napitupulu, Paimin, Peran *dan Pertanggungjawaban DPR Kajian di DPRD Provinsi DKI Jakarta*, Bandung: PT Alumni, 2005

Nasution, Bahder Johan, *Pemahaman Konseptual tentang Hukum Administrasi Negara dalam Konteks Ilmu hukum*, Jurnal Demokrasi Vol. VI No. 1 Th. 2007.

Oeripkartawinata Iskandar dan Retnowulan Sutantio, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktik*, Bandung: Penerbit Alumni, 1983.

Oxford Learner's Pocket Dictionary; New Edition Oxford University Press, 2003.

Partehiana, Wayan, *Pengantar Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: Mandar Maju, 2003

Poernomo, Bambang, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.

Pramono, Sidik, et.al. *Penanganan Sengketa Pemilu*. Kemitraan bagi

Pembaruan Tata Pemerintahan, Jakarta:2011.

Prodjodikoro, Wirjono, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia, Jakarta: Penerbit P.T. Eresco, 1981.

----------, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2003.

----------, *Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia*, Jakarta: Dian Rakyat, 1989.

Professor Smilko Sokol, Ph.D., Professor Branko Smerdel Ph.D., "*Constitutional Law*", Informator, Zagreb, 1998.

Pudjosewojo, Kusumadi, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, cet. ke-10, Jakarta: Sinar Grafika, 2004.

Purbacaraka, Purnadi, *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional (suatu orientasi)*, Edisi I, Jakarta: CV Rajawali, 1983.

Purbopranoto, Kuntjoro, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: 1985.

Putra, I.B.Wyasa dan Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung: Mandar Maju, 2003.

Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung: Angkasa, 1994.

Rido, Ali, *Badan Hukum Dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*, Bandung: Alumni, 2004.

Saleh, K.Wantjik, *Pelengkap KUH Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985.

Saleh, Roeslan, *Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, 1983.

Salim HS, dalam Sri Soedewi Masjchoen, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW),* Jakarta: Sinar Grafika, Cetakan kelima,, 2008.

Samidjo. *Ilmu Negara,* Bandung: Armico. 1986

Schmid, Von, *Grote Dankers Over Staat en Recht*. Diterjemahkan oleh R. Wiratno, et.al., dengan judul *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, Pembangunan: Jakarta: 1988,

Scholten, Asser, "Algemeen Deel", cetakan kedua, 1934, dalam J.H.A. Logemann, Over de Theorie van Eeen Stellig Staatsrecht (1948), diterjemahkan menjadi *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif*, Jakarta: Ichtiar Baru-Van Hoeve, 1975.

Sekretariat Negara R.I., *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Kemerdekaan (BPUPK) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei – 22 Agustus 1945*. Jakarta: Sekretariat Negara

R.I., 1998

Simanjuntak, P.N.H. *Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia*, Jakarta: Djambatan, 2009.

Smith K, Rhona et al, *Hukum HAM*, Yogyakarta: Pusham UII, 2009.

Sodik, Achmad dan Juniarso Ridwan, *Tokoh-Tokoh Ahli Pikir Tentang Negara dan Hukum; dari Zaman Yunani Kuno Sampai Abad ke-20*, Cet. Pertama, Bandung: Nuansa, 2010.

Sodiki, Achmad dalam Chad Vickery, ed., *Pedoman Untuk Memahami, Menamgani, dan Menyelesaikan Sengketa Pemilu*, diterjemahkan oleh Ay San Harjono (Washington: IFES, 2006).

Soehino, *Ilmu Negar*a, Cet. III; Yogyakarta: Penerbit Liberty Yogyakarta, 2000.

Soekanto, Soerjono, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007.

----------, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Jakarta: Bhratara, 1973.

Soemantri, Sri, *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia*, Jakarta: Sinar harapan, 1993.

----------, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi,* Bandung: Alumni, 1987.

Soesilo, R. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal, Bogor: Politeia, 1996.

Soetami, Siti, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2001.

Soetoprawito, Koerniatmanto, *Konstitusi: Pengertian dan Perkembangannya*, Pro Justitia, No. 2 Tahun V, Mei 1987.

Sofran, Sri Soedewi masjhoen, *Pengantar Hukum Perdata Internasioanal Indonesia*, Bina Cipta, 1987.

Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen, Hukum Benda, Yogyakarta: Liberty. 1981,

Starke, J.G., *Pengantar Hukum Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

Stiftung, Friendrich Naumann bekerja sama dengan PAKARTI, CETRO (Center for Electoral Reform), *Apa dan Bagaimana Pemilu 2004 Panduan Untuk Pemilih Kritis*,YAPIKA.

Strong, C.F, *Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*, The English Book Society and Sidwigck & Jackson Limited London 1966, diterjemahkan kedalam bahasa Indonesi oleh SPA Teamwork, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi di Dunia*, Bandung: Nusa Media, 2008.

Subekti, "Hukum Perjanjian", Cet Ke XL, PT. Interraasa, 1980.

Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa,1995.

Subekti, R. *Hukum Keluarga dan Hukum Waris*,Jakarta:PT Intermasa,1990.R. Subekti, *Hukum Pembuktian*, Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2007.

----------, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa. 2003

Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1981.

Sulistyo, Hermawan, *Pembantaian Massal yang Terlupakan*, 2000.

Supardjaja, Komariah Emong, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Alumni, 2002.

Suparni, Niniek, *Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Jakarta: Sinar Grafika, 1996.

Syahrani, Riduan, Seluk Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata, Bandung: Alumni, 1985.

----------, *Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004.

Syahrizal, Ahmad dan Jimly Ashiddiqie, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.

Tas, H. Van der dan M.E. Tair, *Kamus Bahasa Belanda, Indonesia-Belanda*, Jakarta: Timun Mas, 1957.

Thaib, Dahlan dkk., *Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi*, cet. kelima, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2005.

Thaib, Dahlan, *Implementasi Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945*, Yogyakarta: Liberty, 1993.

Thompson, Brian, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, edisi ke-3, London: Blackstone Press ltd., 1997.

Tim Redaksi Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta, 2008.

Tirtaamidjaja, *Pokok-Pokok Hukum Pidana*, Jakarta: Fasco, 1955.

Triwahyuningsih, *Pemilihan Presiden Langsung Dalam Kerangka Negara Demokrasi Indonesia*, Yogyakarta: Tiara Wacana Yogya, 2001.

Tutik, Titik Triwulan, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, Jakarta: Prenada Media Group, 2008.

----------, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional,* Jakarta: Kencana.

----------, *Pengantar Hukum Perdata di Indonesia*, Jakarta: Prestasi Pustakan, 2006.

Undang-Undang No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4429).

Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4250).

Undang-Undang No. 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 139, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4252).

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3889).

Undang-Undang NO.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 33,Tambahan Lembaran Negara Nomor 3817), Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingah Usaha.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 Tentang Penyelenggara Pemilu dan telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu.

Usanti, P., Trisadini et.al., *Buku Ajar Hukum Perdata*, Surabaya: FH Universitas Airlangga. 2012.

Usman,Rachamadi, *Hukum Kebendaan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

Utrecht, E., *Hukum Pidana II*, Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1987.

Utrecht. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Jakarta: Ichtiar. 1962.

Weissbrodt, David, *Hak-Hak Asasi: Tinjauan dari Perspektif Sejarah,*

dalam Peter Davies, Hak Asasi Manusia: Sebuah Bunga Rampai, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1994.

Wheare,K.C., *Modern Constitutions*, Oxford University Pres, 1996. Diterjemahkan Oleh Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003.

Zoelva, Hamdan, *Pemakzulan Presiden di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

WEBSITE

http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.

http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.

http://docs.perpustakaan-elsam.or.id/ruu_kuhp/. Diakses 19 Februari 2014.

http://en.wikipedia.org/wiki/Raison_d%27%C3%AAtre pada hari Sabtu 24 September 2011 Pukul 23.19 WITA.

http://icnie.org/2009/05/ombudsman/hari Minggu 27 November 2011 jam 19.18 Wita).

http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_internasional, diakses pada 14 september 2013.

http://id.wikipedia.org/wiki/Ombudsman (diakses pada hari Minggu 27 November 2011 jam 19.20 Wita)

http://www.artikata.com/arti-127854-ombudsman.html hari Minggu 27 November 2011 jam 19.17 Wita).

http://www.cetro.or.id/mpr/sistempemilu.pdf, download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014,

http://www.cetro.or.id/pustaka/pp14.html, "Sistem Pemilu," *download* Pkl. 17.45 WIB, Tgl 18 Februari 2014,

http://www.elsam.or.id/article.php. Diakses pada 23 februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf., "Sistem Pemilu," download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf, "Sistem Pemilu," *download* Pkl 17.55 WIB, Tgl 18 Februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publications/system_pemilu., pdf,

"Sistem Pemilu," download Pukul 13.45 WIB, Tgl 17 Februari 2014 http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf. di akses 5 Februari 2014.

PENGANTAR HUKUM INDONESIA

Sanksi Pelanggaran Pasal 113 Undang·Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, sebagaimana yang telah diatur dan diubah dari Undang·Undang Nomor 19 Tahun 2002, bahwa:

Kutipan Pasal 113

(1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000,· (seratus juta rupiah).

(2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,· (lima ratus juta rupiah).

(3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,· (satu miliar rupiah).

(4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,· (empat miliar rupiah).

PENGANTAR HUKUM INDONESIA

Dr. Rahman Syamsuddin, S.H., M.H.

PENGANTAR HUKUM INDONESIA
Edisi Pertama
Copyright © 2019

ISBN 978-623-xxx-xxx-x
15 x 23 cm
xiv, 262 hlm
Cetakan ke-1, xxxxxxx 2019

Kencana. 2019.xxxx

Penulis
Dr. Rahman Syamsuddin, S.H., M.H.

Desain Sampul
Irfan Fahmi

Penata Letak
Jefriandi

Penerbit
PRENADAMEDIA GROUP
(Divisi Kencana)
Jl. Tambra Raya No. 23 Rawamangun · Jakarta 13220
Telp: (021) 478-64657 Faks: (021) 475-4134
e-mail: pmg@prenadamedia.com
www.prenadamedia.com
INDONESIA

Dilarang mengutip sebagian atau seluruh isi buku ini dengan cara apa pun,
termasuk dengan cara penggunaan mesin fotokopi, tanpa izin sah dari penerbit.

KATA PENGANTAR

Dalam kurikulum jurusan hukum program sarjana tercantum matakuliah Pengantar Hukum Indonesia dan Sistem Hukum Indonesia, suatu mata kuliah yang memberikan pemahaman mahasiswa bentuk hukum dan sistem hukum yang berlaku di suatu negara. Berdasarkan pengalaman dan pemahaman tentang hukum yang ada, maka sebagian mahasiswa mengusulkan supaya dibuatkan buku pegangan kuliah mahasiswa pada matakuliah tersebut.

Berdasarkan pertimbangan itu, saya berusaha memperbaiki menyusun naskah tersebut dan disusun dalam format naskah buku pegangan kuliah mahasiswa yang disesuaikan dengan kurikulum dan integrasi keilmuan UIN Alauddin Makassar.

Mudah-mudahan buku sederhana ini bermanfaat bagi pembaca. Karya manusia selalu ada cacat celanya, tidak luput buku sederhana ini. Segala saran, tegur, kritik yang bertujuan menyempurnakan buku ini disambut dengan ucapan terima kasih. Semoga Allah selalu memberi petunjuk kepada kita semua.

Makassar, Maret 2019

Penulis

TINJAUAN MATAKULIAH

Pengantar Hukum Indonesia maupun Pengantar Ilmu Hukum sama-sama merupakan pengantar untuk mempelajari hukum, dan merupakan matakuliah dasar yang wajib dikuasai oleh setiap mahasiswa Fakultas Syariah dan Hukum. PHI merupakan singkatan dari Pengantar Hukum Indonesia. Di beberapa universitas, ada Fakultas Syariah dan Hukum yang menggunakan istilah PHI dengan PTHI, yang merupakan singkatan dari Pengantar Tata Hukum Indonesia. Sementara itu, PIH adalah Pengantar Ilmu Hukum. Sekilas istilah PHI dan PIH tampaknya sama, namun sebenarnya berbeda.

Perbedaan mendasar antara PHI dan PIH terletak pada objeknya. Objek PHI adalah peraturan-peraturan hukum yang sedang berlaku di Indonesia saat ini (hukum positif Indonesia). Dari istilahnya, tampak jelas bahwa PHI (Pengantar Hukum Indonesia) terbatas hanya khusus mempelajari hukum yang berlaku di suatu tempat (dalam hal ini Indonesia), serta terikat pada waktu tertentu (dalam hal ini hanya hukum yang sedang berlaku saat ini saja). PHI merupakan pengantar untuk mempelajari bidang-bidang/aturan/ketentuan/tata hukum yang berlaku di Indonesia.

Berbeda dengan PHI, objek PIH (Pengantar Ilmu Hukum) lebih luas, yaitu hukum pada umumnya yang tidak terbatas pada tempat dan waktu (cakupannya lebih luas dan umum). PIH merupakan pengantar untuk memahami arti hukum, permasalahan-permasalahan di bidang hukum, asas-asas hukum, maupun memberikan gambaran atau dasar mengenai sendi-sendi utama dari hukum itu sendiri. PIH menunjang

setiap orang yang akan mempelajari hukum positif Indonesia. Untuk mempelajari PHI perlu terlebih dahulu mempelajari PIH, sebab pengertian-pengertian dan istilah mendasar tentang hukum diberikan dalam PIH. Sebaliknya, apa yang dipelajari dalam PHI merupakan salah satu contoh konkret dari apa yang dibahas dalam PIH.

Buku ini akan memberikan pemahaman tentang apa yang dimaksud ilmu hukum, sejarah hukum di indonesia, sistem hukum yang berlaku di Indonesia, bentuk hukum pidana, hukum perdata, hukum tata negara, hukum administrasi negara, hukum internasional dan hukum adat yang berlaku di Indonesia.

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR **v**
TINJAUAN MATAKULIAH **vii**
DAFTAR ISI **xi**

BAB 1 ILMU HUKUM **1**
A. Definisi Hukum 1
B. Manusia, Masyarakat, dan Norma 4
1. Kaidah/Norma Agama 6
2. Kaidah/Norma Kesusilaan 6
3. Kaidah/Norma Kesopanan 7
4. Kaidah/Norma Hukum 7
C. Tujuan Hukum 8
1. Teori Etis 8
2. Teori Utilitas 9
3. Keadilan 11
D. Fungsi Hukum 12
E. Subjek dan Objek Hukum 17
1. Subjek Hukum 17
2. Objek Hukum 17
F. Klasifikasi Hukum 18
G. Sumber Hukum 21
1. Definisi Sumber Hukum 21
2. Jenis Sumber Hukum 21
H. Tinjauan Umum Hukum dalam Islam 25

1. Hukum Islam 25
2. Syariah 27
3. Fikih 28
5. Ushul Fikih 30
6. Ruang Lingkup Hukum Islam 31

BAB 2 SISTEM HUKUM INDONESIA 33
A. Pengertian Sistem Hukum 33
B. Sistem Hukum yang Berlaku di Indonesia 36
1. Sistem Hukum Eropa Kontinental 36
2. Sistem Hukum Anglo-Saxon 37
3. Sistem Hukum Adat 40
4. Sistem Hukum Islam 43

BAB 3 SEJARAH HUKUM INDONESIA 45
A. Masa Majapahit 45
B. Masa Penjajahan Belanda 50
1. Masa Vereenigde Oost Indische Compagnie (1602-1799) 50
2. Masa Besluiten Regerings (1814-1855) 51
3. Masa Regerings Reglement (1855-1926) 52
C. Masa Penjajahan Jepang 55
D. Masa Kemerdekaan 56
1. Masa 1945-1949 56
2. Masa 1949-1950 57
3. Masa 1950-1959 57
4. Masa 1959-Sekarang 57

BAB 4 HUKUM PIDANA 59
A. Pengertian Hukum Pidana 59
B. Asas-asas Hukum Pidana 60
C. Perbuatan Pidana 62
1. Pengertian Perbuatan Pidana 62
2. Unsur-unsur Perbuatan Pidana 63
3. Macam-macam Perbuatan Pidana 66
D. Kesalahan 69
E. Dasar Peniadaan Pidana, Penuntutan, dan Pelaksanaan Pidana 71
1. Adanya Suatu Putusan yang Telah Berkekuatan Hukum Tetap 71
2. Kematian Orang yang Melakukan Delik 72

3. Daluwarsa 72
4. Penyelesaian Perkara di Luar Persidangan 73
F. Hapusnya Hak Eksekusi 74
1. Kematian Terpidana 74
2. Daluwarsa 75
3. Grasi 75
G. Pandangan Islam tentang Hukum Pidana 75
1. Definisi Jinayat 77
2. Hukum Pembunuh dan Penganiaya 78
3. Klasifikasi Jinayat (Tindak Pidana) 79

BAB 5 HUKUM PERDATA 83
A. Pengertian Hukum Perdata 83
B. Asas-asas Hukum Perdata 86
C. Hukum Orang 87
D. Subjek Hukum 89
1. Orang dalam Bentuk Manusia Pribadi 90
2. Badan Hukum sebagai Subjek Hukum 93
E. Hukum Keluarga 115
1. Kekuasaan Orangtua 117
2. Perwalian 118
3. Pengampuan 122
4. Adopsi 122
5. Keadaan Tidak Hadir 124
F. Hukum Perikatan 125
G. Hukum Waris 127
1. Pengertian Hukum Waris 127
2. Pewarisan 130
H. Pandangan Islam Tentang Hukum Perdata 132
1. Hukum Perkawinan Menurut Agama Islam 132
2. Perkawinan Menurut UU No. 1 Tahun 1974 137

BAB 6 HUKUM TATA NEGARA 139
A. Pengertian Hukum Tata Negara 139
B. Asas Hukum Tata Negara 144
C. Sumber Hukum Tata Negara 145
D. Konstitusi dan Konstitualisme 152
E. Lembaga Negara dan Sistem Pemerintahan 161
1. Lembaga Negara 161
2. Sistem Pemerintahan 178

F. Pandangan Islam tentang Hukum Tata Negara 185
1. Kepemimpinan (Khilafah) 186
2. Ahlul Halli Wal Aqdi (Sistem Legislatif) 189
3. Prinsip-prinsip Penyelenggaraan Negara dalam Islam 191

BAB 7 HUKUM ADMINISTRASI NEGARA 199
A. Pengertian dan Ruang Lingkup 199
B. Kedudukan dan Kewenangan Administrasi Negara 201
C. Perbuatan Hukum Pemerintah 202
D. Asas-asas Hukum Administrasi Negara 203
E. Pandangan Islam tentang Hukum Administrasi Negara 204
1. Manajemen Pemerintahan dalam Pandangan Islam 204
2. Prinsip-Prinsip Islam yang Mengatur tentang Administrasi Pemerintahan 205
3. *Baitul Maal*, Institusi Pemerintahan Islam pada Masa Awal 206

BAB 8 HUKUM INTERNASIONAL 209
A. Pengertian Hukum Internasional 209
B. Perkembangan Hukum Internasional 212
C. Asas-asas Hukum Internasional 216
D. Bentuk Hukum Internasional 217
E. Sumber Hukum Internasional 218
F. Pandangan Islam tentang Hukum Internasional 221
1. Sejarah Singkat Hukum Internasional Islam 225
2. Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Islam dan Realisasinya 226

BAB 9 HUKUM ADAT 231
A. Pengertian Hukum Adat 231
1. Istilah Hukum Adat 232
2. Pengertian Hukum Adat 233
3. Teori *Reception in Complexu* 234
4. Perbandingan antara Adat dengan Hukum Adat 235
B. Sifat-sifat Umum Hukum Adat Indonesia 236
1. Corak Hukum Adat Indonesia 236
2. Dasar Hukum Sah Berlakunya Hukum Adat 237
3. Sumber Hukum Adat 239
4. Pembidangan Hukum Adat 239
C. Sejarah Hukum Adat di Indonesia 241

1. Sejarah Singkat 241
2. Bukti Adanya Hukum Adat Indonesia 241
3. Sejarah Politik Hukum Adat 244
4. Faktor-faktor yang Memengaruhi Perkembangan Hukum Adat 245

DAFTAR PUSTAKA 249

TENTANG PENULIS 261

1

ILMU HUKUM

A. DEFINISI HUKUM

Tidak mudah untuk merumuskan definisi atau menjawab pertanyaan "apakah hukum itu?" Dalam perkembangannya justru memunculkan dua kubu yang berbeda pendapat. Pendapat pertama di antaranya menyatakan bahwa tidak mungkin memberikan definisi tentang hukum, yang sungguh-sungguh dapat memadai kenyataan. Kubu ini dipengaruhi oleh pendapat beberapa pakar hukum, salah satunya adalah I.Kisch yang mengatakan "*doordat het recht onwaarneembaar is onstaat een moelijkheid bij het vinden van een algemeen bevredigende definitie*", "Oleh karena hukum itu tidak dapat ditangkap pancaindra, maka sukar membuat suatu definisi hukum yang memuaskan umum".[1] Kubu ini dapat dibenarkan, apalagi jika kembali ke ungkapan lama yang ditulis oleh Peter Mahmud Marzuki di atas, ditanyakan pada 100 orang tentang definisi hukum bisa jadi 100 definisi yang didapatkan. Sulit untuk mencari definisi hukum yang definitif atau tunggal.

Pendapat kedua mengatakan bahwa definisi itu ada manfaatnya, sebab pada saat itu juga dapat memberi sekadar pengertian pada orang yang baru mulai tentang apa yang dipelajarinya, setidak-tidaknya

[1] Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bandung: Refika Aditama, 2010, hlm. 6-7.

digunakan sebagai pegangan.[2] Kubu ini juga benar adanya, penting bagi seseorang yang baru memulai belajar ilmu hukum atau bagi masyarakat awam mengetahui atau setidaknya memiliki gambaran yang jelas mengenai definisi hukum. Oleh karena itu, lebih bijak jika dirumuskan unsur-unsur dan ciri-ciri yang terkandung dari beraneka ragam pendapat tentang definisi hukum. Unsur-unsur tersebut antara lain:[3]

1. Peraturan mengenai tingkah laku manusia;
2. Peraturan itu dibuat oleh badan berwenang;
3. Peraturan itu bersifat memaksa, walaupun tidak dapat dipaksakan;
4. Peraturan itu disertai sanksi yang tegas dan dapat dirasakan oleh yang bersangkutan.

Adapun ciri-cirinya, sebagai berikut:[4]

1. Adanya suatu perintah, larangan, dan kebolehan;
2. Adanya sanksi yang tegas.

Hukum itu sendiri bukanlah sekadar kumpulan atau penjumlahan peraturan-peraturan yang masing-masing berdiri sendiri. Arti pentingnya suatu peraturan hukum ialah karena hubungannya yang sistematis dengan peraturan-peraturan hukum lain. Hukum merupakan sistem berarti hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan kata lain, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. Kesatuan tersebut diterapkan terhadap kompleks unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas hukum, dan pengertian hukum.[5]

Sistem terdapat dalam berbagai tingkat. Dengan demikian, terdapat berbagai sistem. Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional. Kemudian masih dikenal sistem hukum perdata, sistem hukum pidana, sistem hukum administrasi. Di dalam hukum perdata sendiri terdapat sistem hukum keluarga, sistem hukum benda, sistem hukum harta kekayaan dan sebagainya.[6]

Sistem hukum merupakan sistem terbuka (mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungannya). Sistem hukum merupakan kesa-

[2] *Ibid.*, hlm. 7.
[3] *Ibid.*, hlm. 9.
[4] *Ibid.*
[5] Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2005, hlm. 122.
[6] *Ibid.*, hlm. 123.

tuan unsur-unsur (yaitu peraturan, penetapan) yang dipengaruhi oleh faktor-faktor kebudayaan, sosial, ekonomi, sejarah, dan sebagainya. Sebaliknya sistem hukum memengaruhi faktor-faktor di luar sistem hukum tersebut. Peraturan-peraturan hukum itu terbuka untuk penafsiran yang berbeda, oleh karena itu selalu terjadi pengembangan.[7]

Menurut Lawrence M. Friedman, bahwa suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks di mana struktur, substansi, dan kultur berinteraksi.[8] *Struktur* adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum. *Substansi* (peraturan-peraturan) adalah elemen lainnya.[9] Selanjutnya Friedman mengatakan, bahwa struktur sebuah sistem yudisial terbayang ketika kita berbicara tentang jumlah para hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara *substansi* tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku.[10] Adapun kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada pada kultur umum—adat kebiasaan, opini, cara bertindak dan berpikir—yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauh dari hukum dan dengan cara-cara tertentu.

Lebih lanjut lagi, bahwa "sistem hukum merupakan suatu kesatuan sistem yang tersusun atas integralitas berbagai komponen sistem hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam satu kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, memengaruhi, bergerak dalam kesatuan proses, yaitu proses sistem hukum, untuk mewujudkan tujuan hukum. Sistem hukum merupakan satu kesatuan sistem besar yang tersusun atas sub-subsistem yang lebih kecil, yaitu subsistem pendidikan, pembentukan hukum, penerapan hukum, dan lain-lain, yang hakikatnya merupakan sistem tersendiri dengan proses tersendiri pula. Adapun komponen sistem hukum tersebut, yaitu:[11]

1. Masyarakat hukum; himpunan kesatuan-kesatuan hukum, baik individu maupun kelompok, sekaligus tempat hukum itu diterapkan.
2. Budaya hukum; pemikiran-pemikiran manusia dalam usahanya mengatur kehidupannya.

---

[7] *Ibid.*, hlm. 124.

[8] Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1975, Diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia oleh M. Khazim, *Sistem Hukum- Perspektif Ilmu Sosial,* Bandung: Nusa Media, 2009, hlm. 17.

[9] *Ibid.*,, hlm. 15.

[10] *Ibid.*, hlm. 16.

[11] H.Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa Putra, *Op. cit.*, hlm. 149-151.

3. Filsafat hukum; formulasi nilai tentang cara mengatur kehidupan manusia.
4. Ilmu hukum; media komunikasi antara teori dan praktik hukum sekaligus media pengembangan teori, desain, konsep hukum.
5. Konsep hukum; formulasi kebijaksanaan hukum yang ditetapkan oleh suatu masyarakat hukum.
6. Pembentukan hukum; bagian proses hukum yang meliputi lembaga aparatur dan saran pembentukan hukum.
7. Bentuk hukum; hasil proses pembentukan hukum.
8. Penerapan hukum; proses kelanjutan dari proses pembentukan hukum, meliputi lembaga-aparatur-saran-prosedur penerapan hukum.
9. Evaluasi hukum; proses pengujian kesesuaian antara hasil penerapan hukum dan undang-undang atau tujuan hukum yang telah dirumuskan sebelumnya.

B. MANUSIA, MASYARAKAT, DAN NORMA

Sudah menjadi kodrat bagi setiap manusia untuk hidup sebagai makhluk sosial, hidup di antara manusia lain dalam suatu pergaulan masyarakat. Hal ini disebabkan manusia itu cenderung mempunyai keinginan untuk selalu hidup bersama (*appetitus societatis*). Hal inilah yang oleh Aristoteles disebut sebagai *zoon politicon* yang berarti manusia itu adalah makhluk sosial dan politik (*man is a social and politic being*). PJ Bouman mengatakan "*de mens wordt eerst mens door samenleving met anderen*" yang artinya "manusia itu baru menjadi manusia karena ia hidup bersama dengan manusia lainnya."[12]

Sistem dan siklus kehidupan bersama antara satu manusia dengan manusia yang lain itulah yang dinamakan sebagai masyarakat. Masyarakat merupakan kehidupan bersama yang anggota-angotanya mengadakan pola tingkah laku yang maknanya dimengerti oleh sesama anggota. Masyarakat merupakan suatu kehidupan bersama yang terorganisir untuk mencapai dan merealisir tujuan bersama. Masyarakat merupakan kelompok atau kumpulan manusia, tidak penting berapa jumlahnya, yang penting lebih dari satu manusia. Kehidupan bersama dalam masyarakat tidak didasarkan pada adanya beberapa manusia secara kebetulan bersama, tetapi didasarkan pada adanya kebersamaan tujuan.[13] Masyarakat itu merupakan tatanan sosial psikologis. *Psyche* manusia individual sadar akan adanya sesama manusia. Dapat dikatakan bahwa tidak ada

[12] Lihat: Dudu Duswara Machmudin, Op. cit., hlm. 9.
[13] Lihat: Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm.1-2.

seorang manusia yang hidup seorang diri terpencil jauh dan lepas dari kehidupan bersama. Manusia tidak mungkin berdiri di luar atau tanpa masyarakat. Sebaliknya masyarakat tidak mungkin ada tanpa manusia.[14]

Bersama dalam sebuah masyarakat manusia dapat memenuhi panggilan hidupnya, memenuhi kebutuhan dasar atau kepentingannya. Menurut Maslow, kebutuhan dasar tersebut mencakup:[15]

1. *Food, shelter, and clothing*;
2. *Safety of self and property*;
3. *Self-esteem*;
4. *Self-actualization*;
5. *Love*.

Hanya dengan hidup bersama dan berinteraksi satu sama lainnya dalam masyarakat itulah manusia dapat memenuhi kebutuhan dasarnya. Manusia dilahirkan lengkap dengan karakter dan kepribadian masing-masing yang mungkin saja berbeda antara satu dengan lainnya. Ketika manusia tersebut hidup bersama dalam sebuah masyarakat, tentu saja dia tidak bisa memaksakan karakternya yang paling benar. Selain itu, walaupun secara teorinya memiliki kebutuhan dasar yang sama, tidak serta merta kebutuhan dan kepentingan mereka selalu sama di saat yang sama, kadang kala bisa sama tetapi kadang kala bisa berbeda. Perbedaan kebutuhan dan kepentingan tersebut apabila dibiarkan lama kelamaan akan berubah menjadi pertentangan atau konflik. Pertentangan atau konflik ini selanjutnya dapat menimbulkan kekacauan dalam masyarakat apabila tidak ada aturan yang dapat menyeimbangkannya. Aturan itu pada mulanya disebut kaidah (Arab), *norma* (Latin), *norma* (Perancis), *norm* (Inggris), dan dalam bahasa Indonesia baku disebut kaidah. Jadi dapat dikatakan bahwa apa yang disebut kaidah adalah patokan atau ukuran ataupun pedoman untuk berperikelakuan atau bersikap tindak dalam hidup.[16] Dalam literatur lain disebutkan bahwa manusia di dalam masyarakat memerlukan perlindungan kepentingan. Perlindungan kepentingan itu dapat tercapai dengan terciptanya pedoman atau peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia harus bertingkah laku dalam masyarakat agar tidak merugikan orang lain dan dirinya sendiri. Pedoman inilah yang disebut norma atau kaidah sosial, yang pada hakikatnya merupakan perumusan suatu pandangan mengenai perilaku atau sikap yang seyogianya dilakukan atau seyo-

[14] *Ibid.*, hlm. 2.
[15] Lihat: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 10.
[16] *Ibid.*

gianya tidak dilakukan, yang dilarang dijalankan atau atau yang dianjurkan untuk dijalankan.[17] Apa pun definisinya, dapat dipahami bahwa norma atau kaidah diperlukan keberadaannya dalam masyarakat untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat tersebut, dengan demikian manusia secara individu dan masyarakat secara kolektif dapat memenuhi kebutuhan dan kepentingannya. Secara universal, kaidah atau norma yang terdapat dalam masyarakat yaitu: (1) kaidah/norma agama; (2) kaidah/norma kesusilaan; (3) kaidah/norma kesopanan; dan (4) kaidah/norma hukum.

1. Kaidah/Norma Agama

Berdasarkan teorinya, kaidah agama terbagi dua, yaitu agama wahyu (samawi, *sama'i*, langit) dan agama budaya. Agama wahyu adalah suatu ajaran Allah yang berisi perintah, larangan, dan kebolehan yang disampaikan kepada umat manusia berupa wahyu melalui malaikat dan Rasul-Nya. Adapun agama budaya adalah ajaran yang dihasilkan oleh pikiran dan perasaan manusia secara kumulatif.[18]

Kaidah agama merupakan tuntunan hidup manusia untuk menuju ke arah yang lebih baik dan benar. Kaidah agama mengatur tentang kewajiban manusia terhadap Tuhannya. Sanksi terhadap pelanggaran kaidah agama berasal dari Tuhan, baik sanksi yang diterima langsung di dunia maupun di akhirat nanti.

Contoh kaidah agama: janganlah kamu mendekati zina, janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah untuk membunuhnya, hormatilah kedua orangtuamu, janganlah menyembah selain kepada Tuhan Yang Maha Esa, dan lain-lain.

2. Kaidah/Norma Kesusilaan

Kaidah kesusilaan adalah aturan hidup yang berasal dari suara hati manusia yang menentukan mana perbuatan baik dan mana perbuatan tidak baik. Asal kaidah kesusilaan berasal dari dari manusia itu sendiri. Kaidah kesusilaan mendorong manusia untuk berbuat kebaikan, ia berbuat baik atau buruk karena bisikan hati nuraninya (*geweten*).

Kaidah kesusilaan ditujukan kepada sikap batin manusia. Sanksi akibat pelanggaran terhadap kaidah kesusilaan juga berasal dari dalam batin manusia itu sendiri, seperti rasa penyesalan, rasa malu, rasa takut, perasaan bersalah, dan lain sebagainya. Contoh kaidah kesusilaan: per-

[17] Lihat: Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 4.
[18] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 15.

buatan jujur, menghormati dan membantu antarsesama, dan lain-lain.[19]

3. Kaidah/Norma Kesopanan

Kaidah kesopanan adalah aturan hidup yang timbul dari pergaulan hidup masyarakat tertentu. Landasan kaidah kesopanan adalah kepatutan, kepantasan, dan kebiasaan yang berlaku pada masyarakat yang bersangkutan. Kaidah kesopanan ditujukan kepada sikap lahir setiap pelakunya demi ketertiban masyarakat dan untuk mencapai suasana keakraban dalam pergaulan. Sanksi yang didapatkan apabila berlaku tidak sopan biasanya berupa teguran atau celaan atau hinaan atau pengucilan dari masyarakat di mana dia berada.[20]

Peribahasa "di mana bumi dipijak di situ langit dijunjung" sangat tepat untuk menggambarkan kaidah/norma kesopanan ini. Contoh kaidah kesopanan: berpakaian rapi ketika menghadiri sebuah acara formal, berbicara secara sopan kepada orang yang lebih tua, dan lain-lain.

4. Kaidah/Norma Hukum

Kaidah hukum adalah aturan yang dibuat secara resmi oleh penguasa negara, mengikat setiap orang dan berlakunya dapat dipaksakan oleh aparat negara yang berwenang, sehingga berlakunya dapat dipertahankan.[21]

Kaidah hukum berasal dari luar diri manusia. Kaidah hukum ditujukan terutama kepada pelakunya yang konkret, yaitu di pelaku pelanggaran yang nyata-nyata berbuat, bukan untuk penyempurnaan manusia, melainkan untuk ketertiban masyarakat agar masyarakat tertib, agar jangan sampai jatuh korban kejahatan, agar tidak terjadi kejahatan. Isi kaidah hukum itu ditujukan kepada sikap lahir manusia. Kaidah hukum tidak hanya membebani seseorang dengan kewajiban semata, melainkan juga memberikan hak kepada seseorang. Kaidah hukum berasal dari kekuasaan luar diri manusia yang memaksakan kepada kita (heteronom). Masyarakatlah secara resmi diberi kuasa untuk memberi sanksi atau menjatuhkan hukuman. Pengadilan adalah lembaga yang mewakili masyarakat untuk menjatuhkan hukuman.[22]

---

[19] Baca: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 15, dan Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 7.

[20] Baca: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 16, dan Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 8-9.

[21] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 16.

[22] Baca: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 16. dan Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 12-13.

C. TUJUAN HUKUM

Dari sekian banyak pendapat yang ada mengenai tujuan hukum, apabila hendak diinventarisasi hanyalah terdapat dua teori, yaitu teori etis dan teori utilitas. Kedua teori ini merupakan landasan dari teori atau pendapat lainnya, dan terori lainnya itu merupakan varian atau kombinasi dari teori etis dan/atau teori utilitas.[23]

1. Teori Etis

Filsuf Aristoteles memperkenalkan teori etis dalam bukunya yang berjudul *Rhetorica* dan *Ethica Nicomachea*. Teori ini berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan. Keadilan di sini adalah *ius suum cuique tribuere* (slogan lengkapnya *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*) yang dapat diartikan "memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya". Selanjutnya Aristoteles membagi keadilan menjadi dua, yaitu keadilan komutatif (keadilan yang memberikan kepada tiap orang menurut jasanya) dan keadilan distributif (keadilan yang memberikan jatah kepada setiap orang sama banyaknya tanpa harus mengingat jasa-jasa perseorangan).[24]

---

[23] Disarikan dari Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 23.

[24] *Ibid.*, hlm. 23-24. Dalam buku ini disebutkan bahwa selain keadilan distributif dan komutatif, pakar hukum lain juga membedakan keadilan menjadi beberapa jenis, antara lain keadilan vindikatif, keadilan kreatif, keadilan protektif, dan keadilan legalis. Bandingkan dengan teori keadilan John Rawls sebagai berikut. Pada hakikatnya pendekatan Rawls, yakni: Bayangkan sekelompok orang sedang memilih prinsip-prinsip untuk mengevaluasi keadilan struktur dasar masyarakatnya. Yang jelas, jika prinsip tersebut harus adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil. Artinya, tak seorang pun dibolehkan mendominasi pilihan atau memanfaatkan kesempatan yang tidak adil seperti kelebihan dari anugerah alamiah atau posisi sosialnya. Karena itu, prinsip keadilan merupakan hasil dari pilihan yang setara, "keadilan sebagai kesetaraan." Rawls berpendapat bahwa di bawah kondisi yang demikian, pihak-pihak yang memilih di dalam posisi awal akan memilih dua prinsip keadilan. Pertama, mereka akan berfokus untuk mengamankan kebebasan mereka agar tetap setara sehingga akan memilih suatu prinsip guna mengantisipasinya: Setiap pribadi memiliki hak yang setara terhadap sistem total yang paling luas bagi kebebasan-kebebasan dasar yang mirip dengan sistem kebebasan serupa bagi semuanya.

Rawls berpendapat bahwa pihak-pihak di posisi awal tidak akan memilih prinsip utilitarian semacam ini. Karena ingin melindungi kepentingan mereka sendiri, mereka pun tidak akan mengambil risiko untuk digaji lebih rendah hanya demi kebaikan orang lain. Malah mereka mungkin akan lebih suka memilih prinsip sebagai berikut: Ketidaksetaraan sosial dan ekonomi, contohnya ketidaksetaraan dalam kekayaan dan otoritas, akan menjadi adil jika menghasilkan pengkompensasian keuntungan bagi setiap orang, khususnya bagi anggota-anggota masyarakat yang kurang beruntung. Prinsip ini disebut "prinsip-pembedaan" (*difference principle*), dan menjadi inti dari substansi teori Rawls mengenai keadilan. Prinsip ini mengizinkan sejumlah ketidaksetaraan di dalam pendistribusian, namun hanya jika hal itu dapat melindungi bahkan memperbaiki posisi mereka yang kurang beruntung di masyarakat.

Disebut dengan toeri etis karena isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita mengenai mana yang adil dan mana yang tidak adil. Teori ini oleh L.J. Van Apeldoorn dianggap berat sebelah karena terlalu mengagungkan keadilan yang pada akhirnya tidak akan mampu membuat peraturan umum. Adapun peraturan umum itu merupakan sarana untuk kepastian dan tertib hukum.[25]

2. Teori Utilitas

Jeremy Bentham, seorang pakar hukum asal Inggris, mengemukakan bahwa hukum bertujuan untuk mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (efektif). Adagium yang terkenal adalah "*the greatest happiness for the greatest number*" (kebahagiaan terbesar untuk jumlah yang terbanyak). Teori ini sangat mengagungagungkan kepastian hukum dan memerlukan adanya peraturan yang berlaku umum, maka muncullah semboyan yuridis terkenal yang dikumandangkan oleh Ulpianus dalam *Digesta*, "*lex dura sed tament scripta*" atau "*lex dura sed ita scripta*" yang kalau diterjenahkan artinya "undang-undang itu keras, akan tetapi memang sudah ditentukan demikian bunyinya."[26]

Kedua teori di atas mengandung kelemahan yang sama, yaitu tidak seimbang atau berat sebelah. Akibat mengagungkan keadilan, maka teori etis mengabaikan kepastian hukum. Jika kepastian hukum terabaikan, maka ketertiban akan terganggu. Padahal justru dengan ketertiban. Keadilan bisa terwujud dengan baik. Sebaliknya, karena terlalu mengagungkan kegunaan, teori utilitas mengabaikan keadilan. Justru hukum dapat berfaedah, apabila sebanyak mungkin menegakkan keadilan.[27]

Berdasar dari kelemahan-kelemahan kedua teori tersebut, muncul banyak teori turunan atau gabungan dari kedua teori tersebut, yang tidak terlalu menonjolkan keadilan atau menonjolkan kemanfaatan.

Prinsip kedua Rawls mengenai keadilan bagi institusi-institusi berbunyi demikian:

Ketidaksetaraan sosial dan ekonomi disusun sedemikian rupa agar mereka dapat: (a) memberi keuntungan terbesar bagi pihak yang kurang beruntung, sesuai prinsip penghematan yang adil, dan (b) dilekatkan pada jawatan dan jabatan kepemerintahan yang terbuka bagi semua orang berdasarkan kondisi kesetaraan yang adil terhadap kesempatan.

Konsep Rawls mensyaratkan *setiap orang* harus dapat mengambil manfaat dari ketidaksetaraan sosial apa pun. Persyaratan "*setiap orang* harus dapat mengambil manfaat" ini lalu mendasari persyaratan "setiap orang yang kurang beruntung harus dapat mengambil manfaat" menurut prinsip maksimin dalam posisi awalnya. Lihat: Karen Lebacqz, *Six Theories of Justice,* Augsbung Publishing House, Indianapolis, 1986, diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Yudi Santoso, *Teori-teori Keadilan,* Bandung: Nusa Media, 2011, hlm. 50-58.

[25] *Ibid.*, hlm. 25-26. Baca juga: L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum,* Jakarta: Pradnya Paramita, 1996, hlm. 10-17.

[26] *Ibid.*, hlm. 26-27.

[27] *Ibid.*, hlm. 27.

Sampai hari ini pun, perkembangan teori tujuan hukum masih tetap berlangsung. Beberapa contoh dari perkembangan teori tujuan hukum yang dapat dipakai untuk mendalami makna sebenarnya dari tujuan hukum[28] antara lain:

a. Betapa pun, tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Oleh karena itulah perlu dirujuk pandangan Ulpianus yang menyatakan: *iuris praecepta sunt haec*: *honeste vivere*, *alterum non-ladere*, *suum cuique tribuere* yang kalau diterjemahkan secara bebas artinya "perintah hukum adalah: hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapatkan bagiannya.[29]
b. Dalam perbincangan mengenai tujuan hukum ini, perlu juga dikemukakan pendapat Bellefroid yang menyatakan "*het recht beoogt de geestelijke, zedelijke en stoffelijke behoeften der gemenschaap op passende wijze te bevredigen of ook: de persoonlijkheid der mensen in het gemeenschapsleven te volmaken, d.w.z. de gemeenschap zo te ordenen, dat de persoon zijn geestelijke, zedelijke, en lichamelijke vermogens daarin ontplooien en tot hun hoogste ontwikkeling brengen*" (Terjemahan Bebas: hukum berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakatnya, atau juga meningkatkan kepribadian individu-individu dalam hidup bermasyarakat.
   Dengan demikian, apabila dikatakan bahwa masyarakat dalam keadaan tertib berarti setiap orang di dalam masyarakat tersebut dapat mengembangkan keadaannya baik secara jasmani, pikiran, maupun rohaninya).[30]
c. Inilah maksud dan tujuan hukum yang sebenar-benarnya. Hukum menghendaki kerukunan dan perdamaian dalam pergaulan hidup bersama. Hukum itu mengisi kehidupan yang jujur dan damai da-

[28] Baca juga pendapat Imam al-Ghazali tentang tujuan hukum Islam yang memandang bahwa suatu kemaslahatan harus sejalan dengan tujuan syara', sekali pun bertentangan dengan tujuan-tujuan manusia, karena kemaslahatan manusia tidak selamanya didasarkan kepada kehendak syara', tetapi sering didasarkan kepada kehendak hawa nafsu. Misalnya, di zaman jahiliyah para wanita tidak mendapatkan bagian harta warisan yang menurut mereka hal tersebut mengandung kemaslahatan, sesuai dengan adat istiadat mereka, tetapi pandangan ini tidak sejalan dengan kehendak syara'; karenanya tidak dinamakan *mashlahah*. Oleh sebab itu, menurut Imam al-Ghazali, yang dijadikan patokan dalam menentukan kemaslahatan itu adalah kehendak dan tujuan syara', bukan kehendak dan tujuan manusia. Tujuan syara' yang harus dipelihara tersebut, lanjut al-Ghazali, ada lima bentuk yaitu: memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta. Apabila seseorang melakukan suatu perbuatan yang pada intinya untuk memelihara kelima aspek tujuan syara' di atas, maka dinamakan *mashlahah*. Lihat: Nasrun Haroen, *Ushul Fiqh*, Cet. I, Jakarta: Logos, 1996, hlm. 114.

[29] Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 162.

[30] *Ibid.*

lam seluruh lapisan masyarakat.[31]

d. Perundang-undangan tertua yang diketahui dari studi hukum ialah perundangan Hammourabi, Raja Babylonia (± 2000 tahun SM). Maksud tujuan hukum dalam perundang-undangan itu, berintikan ketentuan yang menyatakan "janganlah hendaknya yang kuat merugikan yang lemah."[32]

e. Tujuan hukum versi teori pengayoman (pengayoman sebagai lambang keadilan yang disimbolkan dengan pohon beringin. Ditemukan oleh Menteri Kehakiman Sahardjo untuk menggantikan simbol keadilan negara barat yang dirupakan oleh Dewi Themis (putri Ouranos dan Gala). Menurut teori pengayoman tujuan hukum adalah untuk mengayomi manusia baik secara aktif maupun pasif. Secara aktif dimaksudkan sebagai upaya untuk menciptakan suatu kondisi kemasyarakatan yang manusiawi dalam proses yang berlangsung secara wajar. Adapun yang dimaksud secara pasif, yaitu mengupayakan pencegahan atas tindakan yang sewenang-wenang dan penyalahgunaan hak. Usaha mewujudkan pengayoman tersebut termasuk di dalamnya yakni: (1) mewujudkan ketertiban dan keteraturan; (2) mewujudkan kedamaian sejati; (3) mewujudkan keadilan; dan (4) mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial.[33]

3. Keadilan

Seperti halnya akan hak dan kewajiban, pembahasan mengenai keadilan akan menjadi pembahasan yang seolah-olah tidak pernah ada habisnya. Kehidupan seorang manusia tidak akan pernah lepas dari pertanyaan dan pernyataan, "apakah saya sudah mendapatkan keadilan?", "ini adil versi siapa, saya atau kamu?", "ini sangat tidak adil!", "saya butuh keadilan", kecaman-kecaman terhadap subjek lainnya tentang keadilan juga sering terlontar, "ah wasitnya tidak adil, berat sebelah, pantas saja dia bisa menang", "gimana sih ibu ini, kok kasih nilai saya D, padahal saya kan sudah ngumpulin tugas, ibu ini ndak adil", atau bahkan karena khilaf atau memang tipis imannya seseorang pernah mengatakan "Tuhan tidak adil", padahal kita ketahui bahwa Tuhan Maha-

[31] Soedjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2010, hlm. 17.

[32] *Ibid.*

[33] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 28. Secara khusus mengenai kisah "Pohon Beringin yang menggantikan Dewi Themis" dan biodata singkat Dr. Sahardjo, S.H. dapat dibaca dalam artikel berjudul "Dr. Saharjo, Menolak Dewi Keadilan Demi Pohon Beringin" yang dapat diakses pada situs http://hukumonline.com/berita/baca/hol23198/dr-saharjo-menolak-dewi-keadilan-demi-pohon-beringin.

adil dan Tuhan tidak mungkin salah dalam memberikan sesuatu kepada hamba-Nya. Lantas apakah yang dinamakan adil atau keadilan itu?

Pemaknaan terhadap adil atau keadilan memerlukan proses perenungan dan pemahaman yang tidak sebentar, seseorang bisa saja merasakan adil atau ketidakadilan dalam waktu yang berbeda atau bersamaan. Pencarian terhadap hakikat adil atau keadilan yang sebenar-benarnya akan terus berlangsung selama manusia hidup di dunia ini, barulah setelah di akhirat manusia akan merasakan adil yang seadil-adilnya. Hanya Pengadilan Tuhan yang mampu memberikan itu.

Persoalan memikirkan makna keadilan ini telah lama menjadi objek pemikiran setiap manusia. Paling umum adalah teori keadilan oleh filsuf Aristoteles yang memperkenalkan teori etis dalam bukunya yang berjudul *Rhetorica* dan *Ethica Nicomachea*. Teori ini berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan. Keadilan di sini adalah *ius suum cuique tribuere* (slogan lengkapnya *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*) yang dapat diartikan "memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya". Selanjutnya Aristoteles membagi keadilan menjadi dua, yaitu keadilan komutatif (keadilan yang memberikan kepada tiap orang menurut jasanya) dan keadilan distributif (keadilan yang memberikan jatah kepada setiap orang sama banyaknya tanpa harus mengingat jasa-jasa perseorangan).[34]

Dalam perkembangannya, macam keadilan ini tidak hanya terbatas pada keadilan komutatif dan distributif saja, tetapi juga ada yang disebut keadilan vindikatif (memberikan ganjaran atau hukuman kepada seseorang atau lebih sesuai dengan kesalahan yang dilakukannya), keadilan kreatif (memberikan perlindungan kepada seseorang yang dianggap kreatif dalam menghasilkan karya ciptanya), keadilan protektif (memberikan bantuan dan perlindungan kepada setiap manusia sehingga tidak seorang pun dapat diperlakukan sewenang-wenang), dan keadilan legalis (keadilan yang ingin diciptakan oleh undang-undang).[35]

D. FUNGSI HUKUM

Sama halnya dengan pembahasan akan tujuan hukum, pembahasan mengenai fungsi hukum juga beraneka ragam. Pada umumnya yang dimaksud dengan fungsi adalah tugas, hukum berperan sedemikian rupa

[34] Dudu Duswara Mahmudin, *Op. cit.*, hlm. 23-24.

[35] *Ibid.*, hlm. 25. Untuk pembahasan keadilan, lihat pendapat John Rawls pada *footnote* Nomor. 37.

sehingga segala sesuatunya berjalan dengan tertib dan teratur, sebab hukum menentukan dengan tegas hak dan kewajiban mereka masing-masing. J.P. Glastra van Loon menyebutkan, fungsi hukum yaitu:[36]

1. Menertibkan masyarakat dan pengaturan pergaulan hidup;
2. Menyelesaikan pertikaian;
3. Memelihara dan mempertahankan tata tertib dan aturan-aturan, jika perlu dengan kekerasan;
4. Mengubah tata tertib dan aturan-aturan dalam rangka penyesuaian dengan kebutuhan masyarakat;
5. Memenuhi tuntutan keadilan dan kepastian hukum dengan cara merealisasi fungsi di atas.

Sjachran Basah berpendapat bahwa fungsi hukum dalam kehidupan masyarakat terutama di Indonesia mempunyai panca fungsi, yaitu:[37]

1. **Direktif**, sebagai pengarah dalam membangun untuk membentuk masyarakat yang hendak dicapai sesuai dengan tujuan kehidupan bernegara;
2. **Integratif**, sebagai pembina kesatuan bangsa;
3. **Stabilitatif**, sebagai pemelihara (termasuk di dalamnya hasil-hasil pembangunan) dan penjaga keselarasan, keserasian, dan keseimbanan dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat;
4. **Perfektif**, sebegai penyempurna terhadap tindakan-tindakan administrasi negara, maupun sikap tindak warga dalam kehidupan bernegara dan bernasyarakat;
5. **Korektif**, baik terhadap warga negara maupun administrasi negara dalam mendapatkan keadilan.

Dalam literatur lain disebutkan, fungsi hukum yaitu sebagai:[38]

1. Alat ketertiban dan keteraturan masyarakat;
2. Sarana untuk mewujudkan keadilan sosial lahir batin;
3. Sarana penggerak pembangunan;
4. Kritis dari hukum.

Membahas mengenai fungsi hukum menarik juga untuk disimak pernyataan Mochtar Kusumaatmadja tentang peranan hukum:

> "Peranan hukum dalam pembangunan adalah untuk menjamin bahwa perobahan itu terjadi dengan cara yang teratur. Ada anggapan yang boleh dikatakan hampir merupakan keyakinan bahwa perobahan yang teratur

[36] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 51-52.
[37] *Ibid.*, hlm. 52.
[38] Lihat Soedjono Dirdjosisworo, *Op. cit.*, hlm. 154-156.

kata "perobahan" jgn diganti, liat footnote 39

demikian dapat dibantu oleh perundang-undangan atau keputusan pengadilan atau kombinasi dari kedua-duanya. Perobahan yang teratur melalui prosedur hukum, baik ia berwujud perundang-undangan atau keputusan badan-badan peradilan lebih baik daripada perobahan yang tak teratur dengan menggunakan kekerasan semata-mata. Karena baik perobahan maupun ketertiban (atau keteraturan) merupakan tujuan kembar daripada masyarakat yang sedang membangun maka hukum menjadi suatu alat yang tak dapat diabaikan dalam proses pembangunan."[39]

Lebih lanjut tentang fungsi hukum, menurut Achmad Ali antara lain:[40]

Pertama, fungsi hukum sebagai "*a tool of social control.*"
Maksud dari hukum sebagai pengendali sosial, yaitu:

a. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, tidaklah sendirian di dalam masyarakat, melainkan menjalankan fungsi itu bersama-sama dengan pranata-pranata sosial lainnya yang juga melakukan fungsi pengendalian sosial.
b. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial merupakan fungsi "pasif" di sini artinya hukum yang menyesuaikan diri dengan kenyataan masyarakat.[41]

Selanjutnya menurut Achmad Ali, bahwa Terlaksana atau tidak terlaksananya fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, ditentukan oleh dua hal, yaitu (a) faktor antara hukumnya sendiri, dan (b) faktor pelaksana (orang) hukumnya.

Berkaitan dengan ini dikenal pemeo dari pakar hukum Prof. Dr. A. Zainal Abidin Farid, S.H, bahwa:

"Kalau saya disuruh memilih antara hukum yang baik dengan pelaksanaan yang buruk, dan hukum yang buruk dengan pelaksanaan yang baik, maka saya akan memilih hukum yang buruk dengan pelaksanaan yang baik. Tetapi tentu lebih baik lagi jika baik antara hukumnya maupun pelaksanaannya baik."[42]

Kedua, fungsi hukum sebagai "*a tool of social engineering.*"
Perubahan pada hukum baru akan terjadi apabila dua unsurnya te-

[39] Mochtar Kusumaatmadja, *Pembinaan Hukum dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Bandung: Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjajaran; diedarkan oleh Penerbit Bina Cipta, 1986, hlm. 3. Kata "perobahan" tetap ditulis seperti tulisan aslinya dalam buku.

[40] Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*: *Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet. II, Jakarta: PT Gunung Agung, 2002, hlm. 86.

[41] *Ibid.*, hlm. 88.

[42] *Ibid.*, hlm. 89

lah bertemu pada satu titik singgung. Kedua unsur tersebut adalah (1) keadaan baru yang timbul dan (2) kesadaran akan perlunya perubahan pada masyarakat yang bersangkutan itu sendiri, atau dalam kata-kata Sinzheimer sendiri: "Syarat-syarat bagi terjadinya perubahan pada hukum itu baru ada, manakala dengan terjadinya perubahan-perubahan (timbulnya hal-hal yang baru) itu timbul emosi-emosi pada pihak-pihak yang terkena, yang dengan demikian akan mengadakan langkah-langkah menghadapi keadaan itu serta menuju kepada bentuk-bentuk kehidupan yang baru.[43]

Peranan yang dilakukan oleh hukum untuk menimbulkan perubahan-perubahan di dalam masyarakat dapat dilakukan melalui dua saluran, yaitu langsung dan tak langsung. Di dalam peranannya yang tak langsung maka hukum misalnya dapat menciptakan lembaga-lembaga di dalam masyarakat yang pada gilirannya nanti akan menyebabkan timbulnya perubahan-perubahan di dalam masyarakat.[44] Hukum yang mengatur tentang pendirian lembaga-lembaga pendidikan yang modern mulai dari sekolah dasar sampai ke perguruan tinggi menyebabkan bahwa banyak anggota masyarakat akan memperoleh pendidikan yang modern yang berarti berkenalan dengan pemikiran-pemikiran yang modern di dunia dalam berbagai macam bidang. Barang tentu penyebaran pikiran-pikiran seperti itu akan mendorong diambilnya tindakan-tindakan yang mengubah susunan dan hubungan-hubungan di dalam masyarakat, yang berarti terjadinya perubahan sosial.

Di samping dengan cara yang demikian itu, maka hukum juga dapat menjadi perantara yang langsung bagi terjadinya perubahan sosial. Dengan pengundangan undang-undang tentang ketentuan pokok agraria, maka hukum telah menimbulkan semacam revolusi di bidang pertanahan di Indonesia. Status tanah yang semula pluralistik sekarang dirubah menjadi *unifrom* batas-batas luas pemilikan tanah ditentukan. Kriteria pemilik tanah juga ditetapkan. Kesemuanya ini menimbulkan perombakan di dalam bidang pemilikan tanah. Undang-undang Perkawinan juga dapat dimasukkan ke dalam kategori ini oleh karena ia menimbulkan suatu prosedur dan tertib baru dalam bidang perkawinan yang sebelumnya pengaturannya dilakukan secara sektoral.[45]

Yang penting kita ketahui dalam fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial, adalah bahwa terjadinya perubahan sosial tidak mungkin semata-mata dilakukan oleh hukum, sehingga kalau kita ingin melihat

[43] Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung : Angkasa, 1994, hlm. 101.
[44] Soerjono Soekanto, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Jakarta: Bhratara, 1973, hlm. 99.
[45] Satjipto Rahardjo, *Op. cit.*, hlm. 114

peranan hukum dalam perubahan sosial, hal itu hendaknya kita lihat dari sudut kemampuan hukum untuk melakukan "*initial push*" (istilah dari Arnold M. Rose). Terjadinya perubahan sosial melalui suatu proses yang cukup kompleks serta tidak merupakan hasil hubungan yang langsung antara suatu faktor tertentu dengan suatu kejadian. Kompleksitas ini misalnya ditunjukkan melalui kemampuan suatu akibat untuk juga memengaruhi dan memodifikasi penyebabnya.

Jadi peranan hukum yang diharapkan sebagai alat untuk mengubah masyarakat sebagai alat rekayasa sosial, tidak lain menempatkan hukum itu sebagai motor yang nantinya akan menyebarkan dan menggerakkan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum tersebut. Jadi bekerjanya hukum bukan hanya merupakan fungsi perundang-undangan belaka, melainkan juga aktivitas birokrasi pelaksanaannya.[46]

Ketiga, fungsi fukum sebagai simbol.

Simbolis itu mencakup proses-proses dalam mana seseorang menerjemahkan atau menggambarkan atau mengartikan dalam suatu istilah yang sederhana tentang perhubungan sosial serta fenomena-fenomena lainnya yang timbul dari interaksinya dengan orang lain. Contohnya dalam hukum: Seseorang yang mengambil barang orang lain dengan maksud memiliki, dengan jalan melawan hukum, oleh hukum pidana disimbolkan sebagai tindakan pencurian yang seyogianya dihukum.[47]

Keempat, fungsi hukum sebagai alat politik (*political instrument*).

Dalam sistem hukum kita di Indonesia, undang-undang adalah produk bersama Dewan Perwakilan Rakyat dan pemerintah. Kenyataan ini tak mungkin disangkal betapa para politisilah yang memprodukkan undang-undang (bukan tertulis).[48]

Kelima, fungsi hukum sebagai mekanisme untuk integrasi.

Hukum berfungsi sebagai mekanisme untuk melakukan integrasi terhadap berbagai kepentingan warga masyarakat, dan juga berlaku baik jika tidak ada konflik maupun setelah ada konflik. Namun demikian harus diketahui bahwa dalam penyelesaian konflik-konflik kemasyarakatan, bukan hanya hukum satu-satunya sarana pengintegrasi, melainkan masih terdapat sarana pengintegrasi lain seperti kaidah agama, kaidah moral, dan sebagainya.

Salah satu pakar yang memiliki teori tentang hukum ini ialah Harry

[46] Achmad Ali, *Op. cit.,* hlm. 97
[47] *Ibid.,* hlm. 97-98.
[48] *Ibid.,* hlm. 98.

C. Bredemeler yang memandang "*a law as an integrative mechanism*". Adapun kerangka yang digunakan oleh Bredemeier dalam membangun analisisnya tentang fungsi hukum sebagai mekanisme pengintegrasi atau integrator, ditumbuhkan dari analisisnya tentang fungsi-fungsi hukum serta hubungannya dengan fungsi subsistem lain yang terdapat di dalam masyarakat, yang awalnya adalah bersumber dari kerangka yang dibangun oleh Talcott Parson dan rekan-rekannya, terutama sekali seperti yang dituliskannya di dalam *Economy and Society*.[49]

***

Demikianlah beberapa pendapat tentang fungsi hukum, penting juga untuk dipikirkan secara bersama-sama dan komprehensif tata cara atau metode agar hukum dapat berfungsi sebagaimana mestinya.

E. SUBJEK DAN OBJEK HUKUM

1. Subjek Hukum

Apa dan siapa subjek hukum itu? Subjek hukum adalah pendukung hak, yaitu manusia dan atau badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak. Suatu subjek hukum mempunyai kekuasaan untuk mendukung hak. Subjek hukum adalah segala sesuatu yang menurut hukum dapat memiliki hak dan kewajiban atau sebagai pendukung hak dan kewajiban. Menurut macamnya ada dua subjek hukum, yaitu manusia (*natuurlijke persoon*) dan badan hukum (*rechts person*). Khusus mengenai badan hukum, menurut hukum badan hukum dapat dibedakan menjadi dua, yaitu badan hukum publik (desa, kabupaten/kota, provinsi, dan negara) dan badan hukum perdata (PT, koperasi, dan yayasan).[50]

2. Objek Hukum

Objek hukum ialah segala sesuatu yang berguna bagi subjek hukum dan dapat menjadi pokok suatu hubungan hukum yang dilakukan oleh para subjek hukum. Dalam bahasa hukum, objek hukum dapat juga disebut hak atau benda yang dapat dikuasai/dimiliki subjek hukum.[51]

Hak sering kali diidentikkan dengan izin atau kewenangan atau ke-

[49] *Ibid.*, hlm. 101.

[50] Baca: Dudu Duswara Mahmudin, *Op. cit.*, hlm. 32-37. Baca: juga Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 241-244.

[51] *Ibid.*, hlm. 37.

kuasaan. Pemahaman mengenai hak sebagai objek hukum dapat merujuk pada pembahasan hak (poin 1).

Adapun mengenai benda, pada dasarnya sudah diatur pada Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, akan tetapi teori umum mengenai klasifikasi benda adalah teori yang mengklasifikasikan benda bergerak dan benda tidak bergerak (Pasal 504 KUH Perdata) dan teori yang mengklasifikasikan benda yang berwujud (contoh tanah) dan benda yang tidak berwujud (contoh segala hak) (Pasal 503 KUH Perdata).

Suatu benda termasuk benda bergerak atau benda tak bergerak dapat dilihat dari:[52]

a. Sifatnya.
   Menurut sifatnya benda bergerak adalah benda yang dapat dipindah-pindahkan dari satu tempat ke tempat yang lainnya. Misalnya: kursi, meja, pulpen, dan lain sebagainya. Adapun benda tak bergerak, menurut sifatnya adalah benda yang tidak dapat dipindahkan. Misalnya: tanah, pohon, kebun, sawah, dan lain-lain.
b. Tujuannya.
   Benda tak bergerak menurut tujuannya ialah segala benda/barang yang pada sifatnya adalah termasuk ke dalam pengertian benda bergerak, namun senantiasa digunakan oleh pemiliknya dan menjadi alat tetap pada benda yang tidak bergerak. Misalnya di pabrik terdapat benda bergerak menurut sifatnya tetapi menjadi benda tak bergerak yaitu penggilingan, apitan besi, tong, dan lain-lain.
c. Undang-undang
   Benda tak bergerak menurut undang-undang adalah segala hak atas benda tak bergerak. Misalnya hak pakai hasil atas benda yang tak bergerak. Benda bergerak karena ketentuan undang-undang adalah segala hak atas benda bergerak. Misalnya sero, hak pakai atas benda bergerak.

F. KLASIFIKASI HUKUM

Pertama, hukum menurut fungsinya.[53]

a. Hukum materiel (*substantive law*), terdiri dari peraturan-peraturan

[52] A.Siti Soetami, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2001, hlm. 40-41.

[53] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 127. Baca juga: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 63-64. Dalam buku yang disebut terakhir, hukum materiel dan hukum formil dimasukkan ke dalam klasifikasi hukum berdasarkan cara mempertahankannya. Secara makna tidak berbeda dengan klasifikasi hukum menurut fungsinya.

yang memberi hak dan membebani dengan kewajiban-kewajiban.

b. Hukum formil (*adjective law*), peraturan hukum yang fungsinya melaksanakan atau menegakkan hukum materiel atau menentukan bagaimana caranya melaksanakan hukum materiel, bagaimana caranya mewujudkan hak dan kewajiban dalam hal ada pelanggaran hukum atau sengketa.

Kedua, hukum menurut saat berlakunya.[54]

a. *Ius constitutum*, hukum yang telah ditetapkan atau hukum yang berlaku sekarang atau lazim disebut hukum positif.
b. *Ius constituendum*, hukum yang masih harus ditetapkan, hukum yang akan datang atau hukum yang dicita-citakan.

Ketiga, hukum menurut daya kerjanya.[55]

a. Hukum yang bersifat memaksa (imperatif), kaidah hukum yang dalam keadaan apa pun harus ditaati dan bersifat mutlak daya ikatnya.
b. Hukum yang bersifat melengkapi (fakultatif), kaidah hukum yang dapat dikesampingkan oleh para pihak dengan jalan membuat ketentuan khusus dalam perjanjian yang mereka adakan.

Keempat, hukum menurut bentuknya[56]

a. Hukum tertulis: kaidah hukum yang dicantumkan atau tertuang dalam berbagai peraturan perundang-undangan.
b. Hukum tidak tertulis: kaidah hukum yang tumbuh di dalam dan bersama masyarakat secara spontan dan mudah menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat.

Kelima, hukum menurut wilayah berlakunya.[57]

a. Hukum nasional: hukum yang berlaku dalam suatu negara.
b. Hukum internasional: hukum yang berlaku melintasi batas wilayah suatu negara.

Dalam literatur lain disebutkan bahwa hukum menurut wilayah/

[54] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 127-128. Baca juga: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 62-63. Dalam buku yang disebut terakhir klasifikasi hukum menurut saat berlakunya ditambah dengan Hukum Universal, yaitu hukum yang dianggap berlaku tanpa mengenal batas ruang dan waktu, berlaku sepanjang masa.

[55] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 32-33 dan 128. Baca juga: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 64.

[56] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 33 dan 128. Baca juga: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 58-60.

[57] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 128. Baca juga: Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 62.

tempat berlakunya dibagi menjadi hukum nasional, hukum internasional, hukum asing (hukum yang berlaku dalam negara lain), dan hukum gereja (hukum yang ditetapkan gereja untuk para anggotanya). Hans Kelsen juga memberikan pendapat bahwa keberlakuan hukum meliputi empat macam lingkungan, yaitu: (1) waktu berlakunya (mulai dan berakhir); (2) daerah berlakunya; (3) terhadap siapa berlakunya; dan (4) soal-soal apa yang diaturnya.

Keenam, hukum menurut isinya.

a. *Lex generalis*: hukum yang berlaku umum dan merupakan dasar, misalnya hukum perdata.
b. *Lex specialis*: hukum yang berlaku khusus, misalnya hukum dagang.

Selain itu, dari segi isinya, hukum dapat juga dibagi menjadi:[58]

a. Hukum privat: hukum yang berkaitan dengan kepentingan individu seperti hukum bisnis, hukum perdata, hukum acara perdata.
b. Hukum publik: hukum yang berkaitan dengan fungsi negara seperti HTN, HAN, hukum pidana, hukum acara pidana.

Ketujuh, hukum menurut sumbernya.[59]

a. Hukum undang-undang: hukum yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan.
b. Hukum adat: hukum yang diambil dari peraturan adat.
c. Hukum yurisprudensi: hukum yang terbentuk dari putusan pengadilan.
d. Hukum traktat: hukum yang ditetapkan oleh hukum internasional melalui perjanjian internasional.
e. Hukum doktrin: hukum yang berasal dari pendapat para ahli.

Kedelapan, hukum menurut wujudnya.[60]

a. Hukum objektif: kaidah hukum dalam suatu negara yag berlaku umum dan tidak dimaksudkan untuk mengatur sikap tindak orang tertentu saja.
b. Hukum subjektif: hukum yang timbul dari hukum objektif dan berlaku terhadap seorang tertentu.

[58] Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 211-234.
[59] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 58.
[60] *Ibid.*, hlm. 65.

G. SUMBER HUKUM

1. Definisi Sumber Hukum

Sumber hukum dapat diartikan sebagai bahan-bahan yang digunakan sebagai dasar oleh pengadilan dalam memutus perkara.[61] Kata sumber hukum sering digunakan dalam beberapa arti, yaitu:[62]

- sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa;
- menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan kepada hukum yang sekarang berlaku, misalnya hukum Perancis, hukum Romawi;
- sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlakunya secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat);
- sebagai sumber dari mana kita dapat mengenal hukum, misalnya dokumen, undang-undang, lontar, batu bertulis;
- sebagai sumber terjadinya hukum: sumber yang menimbulkan hukum.

Sumber hukum adalah tempat di mana kita dapat melihat bentuk perwujudan hukum. Dengan kata lain, sumber hukum adalah segala sesuatu yang dapat menimbulkan atau melahirkan hukum. Singkatnya, sumber hukum dapat juga disebut asal mula hukum.[63]

2. Jenis Sumber Hukum

Beberapa ahli hukum membagi sumber hukum yang masing-masing bisa berbeda antara yang satu dengan lainnya, Van Apeldoorn membedakan empat macam sumber hukum yaitu: (a) sumber hukum dalam arti historis; (b) sumber hukum dalam arti teleologis; (c) sumber hukum dalam arti filosofis; dan (d) sumber hukum dalam arti formil. Achmad Sanoesi membagi sumber hukum menjadi dua kelompok, yaitu: (a) sumber hukum normal (terbagi menjadi sumber hukum yang langsung atas pengakuan undang-undang); dan (b) sumber hukum abnormal. Adapun Algra membagi sumber hukum menjadi: (a) sumber hukum materiel; dan (b) sumber hukum formil.[64]

Dari pendapat di atas, yang umum dipakai adalah pembagian yang terakhir, yaitu sumber hukum materiel dan sumber hukum formil. Berikut penjelasan singkatnya.

---

[61] Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 301.
[62] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 82.
[63] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 77.
[64] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 82-85.

a. Sumber Hukum Materiel

Sumber hukum materiel ialah tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiel ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum, misalnya hubungan sosial, hubungan kekuatan politik, situasi sosial ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah (kriminologi, lalu lintas), perkembangan internasional, keadaan geografis.[65]

Dalam literatur lain dijelaskan bahwa sumber hukum dalam arti materiel adalah sumber berasalnya substansi hukum. Salmond dan Bodenheimer merujuk kepada hukum yang tidak dibuat oleh organ negara merupakan sumber-sumber hukum dalam arti materiel. Sumber-sumber dalam arti materiel berupa kebiasaan, perjanjian, dan lain-lain.[66] Berbeda tetapi memiliki makna yang sama, literatur lain lagi menjelaskan bahwa sumber hukum materiel adalah beberapa faktor yang dianggap dapat menentukan isi hukum. Faktor yang dimaksud di sini adalah faktor idiil dan faktor riil. Faktor idiil adalah beberapa patokan yang tetap tentang keadilan yang harus ditaati oleh para pembentuk hukum. Adapun faktor riil adalah hal-hal yang benar-benar hidup dalam mayarakat dan merupakan petunjuk hidup bagi masyarakat yang bersangkutan.[67]

Utrecht berpendapat bahwa sumber-sumber hukum materiel adalah perasaan hukum atau keyakinan hukum individu dan pendapat umum (*public opinion*), yang menjadi faktor penentu dari isi hukum (*determinant materiil*).[68]

---

[65] *Ibid.*, hlm. 83.

[66] Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.*, hlm. 304-305.

[67] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 77-78.

[68] *Ibid.*, hlm. 78. Bandingkan pendapat Jurgen Habermas yang mengatakan bahwa konsep hukum sebagai ekspresi kehendak melibatkan klaim sebagai elemennya, yang disahkan lewat serangkaian dominas dan di satu sisi hukum sebagai ekspresi rasio tetap mempertahankan elemen lain yang lebih tua, yang berakar di dalam kelahiran opini publik. Selanjutnya Menurut Habermas, berdasarkan tujuan awalnya, aturan hukum ingin mematahkan dominasi apa pun. Negara Modern menjadikan kedaulatan rakyat sebagai prinsip pembenarannya, yang pada gilirannya mengusung opini publik, tanpa atribut ini, tanpa subtitusi opini sebagai asal-usul sumua otoritas bagi putusan-putusan yang mengikat secara keseluruhan ini, demokrasi modern kehilangan subtansi kebenarannya. Selanjutnya, legislasi bukan dari hasil dari kehendak politis, melainkan dari kesepakatan rasional. Opini publik pada prinsipnya menentang kesewenangan dan meninggikan hukum-hukum imanen di dalam sebuah publik yang dipadukan dengan pribadi-pribadi privat yang berdebat secara kritis dengan suatu cara agar properti dari kehendak tertinggi manusia, dalam maknanya yang rigid, yang melebihi semua hukum, dan kita sebut kekuasaan tidak bisa dilekatkan padanya. Dari hal tersebut bahwa, Habermas menginginkan hukum sebagai penghubung antara kepentingan dengan melalui perdebatan secara kritis untuk menemukan kesepakatan umum untuk tujuan kepentingan bersama. Lihat: *Jurgen Habermas, The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Categori of Bourgeois Society*, Polity Press, 1990. Yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Yudi Santoso, *Ruang Publik: Sebuah Kajian tentang Kategori*

b. Sumber Hukum Formil/Formal

Sumber hukum formal adalah sumber hukum ditinjau dari segi pembentukannya. Dalam sumber hukum formal ini terdapat rumusan berbagai aturan yang merupakan dasar kekuatan mengikatnya peraturan agar ditaati masyarakat dan penegak hukum. Atau dapat juga dikatakan bahwa sumber hukum formal merupakan *causa efficient* dari hukum. Utrecht berpendapat sumber hukum formal adalah yang menjadi determinan formal membentuk hukum (*formele determinanten van de rechtsvorming*), menentukan berlakunya hukum.[69] Sumber hukum formil merupakan tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu formal berlaku.[70] Pendapat lain mengatakan bahwa sumber hukum dalam arti formal sebagai sumber berasalnya kekuatan mengikat dan validitas. Hukum yang dibuat oleh negara sumber-sumber hukum dalam arti formal. Sumber-sumber yang tersedia dalam formulasi-formulasi tekstual yang berupa dokumen-dokumen resmi adalah sumber hukum dalam arti formal.[71]

Sumber hukum dalam arti formal ini secara umum dapat dibedakan menjadi:[72]

1) Undang-undang (*statute*);
2) Kebiasaan dan adat (*custom*);
3) Traktat (*treaty*) atau perjanjian atau konvensi internasional;
4) Yurisprudensi (*case law, judge made law*);
5) Pendapat ahli hukum terkenal (*doctrin*e).

Dalam mempelajari sumber hukum formal ini, sering kali lupa bahwa masih ada sumber hukum penting, khususnya di bidang hukum tata negara di samping sumber hukum formal di atas, yaitu proklamasi dan revolusi kemerdekaan, *coup d'etat* yang berhasil, takluknya suatu negara kepada negara lain.[73]

Menarik untuk dikaji lebih mendalam adalah perbedaan sumber hukum yang dianut oleh dua sistem hukum besar dunia. Kedua sistem tersebut adalah sistem *civil law* dan sistem *common law*. Sumber-sumber hukum di negara-negara penganut sistem *common law* hanya yurisprudensi (*judge made law* di Inggris, *case law* di AS) dan perundang-

Masyarakat Borjuis, Bantul: Kreasi Wacana, 2012, hlm. 117 *et seq.*

[69] *Ibid.*

[70] Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.*, hlm. 83.

[71] Peter Mahmud Marzuki, *Loc.cit.*

[72] Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 79.

[73] *Ibid.*

undangan (*statute law*). Sementara itu, di negara-negara penganut sistem *civil law*, sumber hukum dalam arti formilnya berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi.

Secara spesifik di Indonesia, Pasal 2 Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UUP3) menyebutkan, "Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara." Maksudnya adalah bahwa penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara adalah sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.[74]

Dalam Pasal 7 ayat (1) UUP3 disebutkan bahwa hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia terdiri atas:

1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3) Undang-undang/peraturan pemerintah pengganti undang-undang;
4) Peraturan pemerintah;
5) Peraturan presiden;
6) Peraturan daerah provinsi; dan
7) Peraturan daerah kabupaten/kota.

Dilanjutkan dalam Pasal 8 ayat (1) UUP3 bahwa jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan undang-undang atau pemerintah atas perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah provinsi, gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah kabupaten/kota, bupati/walikota, kepala desa atau yang setingkat.

Keberadaan peraturan perundang-undangan tersebut di atas diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang

[74] Lihat: Penjelasan Pasal 2 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Perundang-undangan.

diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan (Pasal 8 ayat [2] UUP3).

H. TINJAUAN UMUM HUKUM DALAM ISLAM

Sistem hukum di setiap masyarakat memiliki sifat, karakter, dan ruang lingkupnya sendiri. Begitu juga halnya dengan sistem hukum dalam Islam. Islam memiliki sistem hukum sendiri yang dikenal dengan sebutan hukum Islam. Ada beberapa istilah yang terkait dengan kajian hukum Islam, yaitu syariah, fikih, ushul fikih, dan hukum Islam sendiri.

Istilah syariah, fikih, dan hukum Islam sangat populer di kalangan para pengkaji hukum Islam di Indonesia. Namun demikian ketiga istilah ini sering dipahami secara tidak tepat, sehingga ketiganya terkadang saling tertukar. Untuk itu, di bawah ini akan dijelaskan masing-masing dari ketiga istilah tersebut dan hubungan antarketiganya, terutama hubungan antara syariah dan fikih. Satu lagi istilah yang juga terkait dengan kajian hukum Islam adalah ushul fikih.

Pada prinsipnya hukum Islam bersumber dari wahyu Ilahi, yakni Al-Qur'an, yang kemudian dijelaskan lebih perinci oleh Nabi Muhammad saw. melalui sunnah dan Hadisnya. Wahyu ini menentukan norma-norma dan konsep-konsep dasar hukum Islam yang sekaligus merombak aturan atau norma yang sudah mentradisi di tengah-tengah masyarakat manusia. Namun demikian, hukum Islam juga mengakomodasi berbagai aturan dan tradisi yang tidak bertentangan dengan aturan-aturan dalam wahyu Ilahi tersebut.

1. Hukum Islam

Hukum Islam berasal dari dua kata dasar, yaitu "hukum" dan "Islam". Dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* kata hukum diartikan dengan:

- peraturan atau adat yang secara resmi dianggap mengikat;
- undang-undang, peraturan, dan sebagainya untuk mengatur pergaulan hidup masyarakat;
- patokan (kaidah, ketentuan) mengenai peristiwa tertentu; dan
- keputusan (pertimbangan) yang ditetapkan oleh hakim (di pengadilan) atau vonis (Tim Penyusun Kamus, 2001: 410).

Menurut Ahmad Rofiq, pengertian hukum Islam adalah seperangkat kaidah hukum yang didasarkan pada wahyu Allah Swt. dan Sunnah Rasul mengenai tingkah laku mukalaf (orang yang sudah dapat dibe-

bani kewajiban) yang diakui dan diyakini, yang mengikat bagi semua pemeluk agama Islam.

Pengertian hukum Islam menurut Zainuddin Ali adalah hukum yang diinterprestasikan dan dilaksanakan oleh para sahabat Nabi yang merupakan hasil ijtihad dari para mujtahid dan hukum-hukum yang dihasilkan oleh ahli hukum Islam melalui metode qiyas dan metode ijtihad lainnya.

Hukum Islam merupakan istilah khas di Indonesia, sebagai terjemahan dari *al-fiqh al-Islam* atau dalam konteks tertentu dari *as-syariah al-Islamy*. Dalam wacana ahli hukum Barat istilah ini disebut *Islamic law*.

Penyebutan hukum Islam sering dipakai sebagai terjemahan dari syariat Islam atau fikih Islam. Apabila syariat Islam diterjemahkan sebagai hukum Islam (hukum *in abstracto*), maka berarti syariat Islam yang dipahami dalam makna yang sempit. Kajian syariat Islam meliputi aspek *i'tiqadiyah*, *khuluqiyah,* dan amal syariah. Sebaliknya bila hukum Islam merupakan terjemahan dari fikih Islam, maka hukum Islam termasuk bidang kajian ijtihad yang bersifat *dzanni*.

Pada dimensi lain penyebutan hukum Islam selalu dihubungkan dengan legalitas formal suatu negara, baik yang telah terdapat di dalam kitab-kitab fikih maupun yang belum. Jika demikian adanya, kedudukan fikih Islam bukan lagi sebagai hukum Islam *in abstracto* (pada tataran fatwa atau doktrin) melainkan sudah menjadi hukum Islam *in concreto* (pada tataran aplikasi atau pembumian). Hukum Islam secara formal sudah dinyatakan berlaku sebagai hukum positif, yang berarti bahwa aturan yang mengikat dalam suatu negara.

Untuk mendapatkan pemahaman yang benar mengenai hukum Islam, maka yang harus dilakukan menurut H. Muhammad Daud Ali sebagai berikut:

a. Mempelajari hukum Islam dalam kerangka yang mendasar, di mana hukum Islam menjadi bagian yang utuh dari ajaran *dinul* Islam.
b. Menempatkan hukum Islam dalam satu kesatuan.
c. Saling memberi keterkaitan antara syariah dan fikih dalam aplikasinya yang walaupun dapat dibedakan tetapi tidak dapat dipisahkan.
d. Dapat mengatur tata hubungan dalam kehidupan, baik secara vertikal maupun horizontal.

Secara sederhana hukum dapat dipahami sebagai peraturan atau norma yang mengatur tingkah laku manusia dalam suatu masyarakat, baik peraturan atau norma itu berupa kenyataan yang tumbuh dan ber-

kembang dalam masyarakat maupun peraturan atau norma yang dibuat dengan cara tertentu dan ditegakkan oleh penguasa (Muhammad Daud Ali, 1996: 38). Kata hukum sebenarnya berasal dari bahasa Arab *al-hukm* yang merupakan isim mashdar dari *fi'il* (kata kerja) *hakama-yahkumu* yang berarti memimpin, memerintah, memutuskan, menetapkan, atau mengadili, sehingga kata *alhukm* berarti putusan, ketetapan, kekuasaan, atau pemerintahan (Munawwir, 1997: 286). Dalam ujudnya, hukum ada yang tertulis dalam bentuk undang-undang seperti hukum modern (hukum Barat) dan ada yang tidak tertulis seperti hukum adat dan hukum Islam.

Adapun kata yang kedua, yaitu 'Islam', oleh Mahmud Syaltout didefinisikan sebagai agama Allah yang diamanatkan kepada Nabi sederhana, Islam berarti agama Allah yang dibawa oleh Nabi Muhammad saw. lalu disampaikan kepada umat manusia untuk mencapai kesejahteraan hidupnya baik di dunia maupun di akhirat kelak. Dari gabungan dua kata 'hukum' dan 'Islam' tersebut muncul istilah hukum Islam. Dengan memahami arti dari kedua kata yang ada dalam istilah hukum Islam ini, dapatlah dipahami bahwa hukum Islam merupakan seperangkat norma atau peraturan yang bersumber dari Allah Swt. Dan Nabi Muhammad saw. untuk mengatur tingkah laku manusia di tengah-tengah masyarakatnya. Dengan kalimat yang lebih singkat, hukum Islam dapat diartikan sebagai hukum yang bersumber dari ajaran Islam.

2. Syariah

Secara etimologis (*lughawi*) kata "syariah" berasal dari kata berbahasa Arab *al-syari'ah* yang berarti "jalan ke sumber air" atau jalan yang harus diikuti, yakni jalan ke arah sumber pokok bagi kehidupan (al-Fairuzabadiy, 1995: 659). Orang-orang Arab menerapkan istilah ini khususnya pada jalan setapak menuju palung air yang tetap dan diberi tanda yang jelas terlihat mata (Ahmad Hasan, 1984: 7). Syariah diartikan jalan air karena siapa saja yang mengikuti syariah akan mengalir dan bersih jiwanya.

Allah menjadikan air sebagai penyebab kehidupan tumbuh-tumbuhan dan binatang sebagaimana Dia menjadikan syariah sebagai penyebab kehidupan jiwa manusia (Amir Syarifuddin, 1997, I: 1). Ada juga yang mengartikan syariah dengan apa yang disyariatkan Allah kepada hamba-Nya (Manna' al-Qaththan, 2001: 13). Al-Qur'an menggunakan dua istilah: *syir'ah* (QS. *al-Maaidaah* [5]: 48) dan *syari'ah* (QS. *al-Jaatsiyah* [45]: 18) untuk menyebut agama (*din*) dalam arti jalan yang telah ditetapkan Tuhan bagi manusia atau jalan yang jelas yang

ditunjukkan Tuhan kepada manusia. Istilah *syarai'* (jamak dari *syari'ah*) digunakan pada masa Nabi Muhammad saw. untuk menyebut masalah-masalah pokok agama Islam seperti shalat, zakat, puasa di bulan Ramadhan, dan haji (Ahmad Hasan, 1984: 7).

Syariah disamakan dengan jalan air mengingat bahwa "barangsiapa yang mengikuti syariah, ia akan mengalir dan bersih jiwanya" (Manna' al-Qaththan, 2001: 13). Al-Qur'an dan Sunnah tidak menggunakan istilah *al-syari'ah* dan *al-Islamiyyah* dalam waktu yang bersamaan, namun dalam buku-buku berbahasa Arab kedua istilah yang bersamaan itu kerap ditemukan, baik dalam buku-buku lama maupun yang baru.

Adapun istilah *al-syari'ah al-Islamiyyah* didefinisikan sebagai apa yang disyariatkan oleh Allah kepada hamba-Nya baik berupa akidah, ibadah, akhlak, muamalah, maupun aturan-aturan hidup manusia dalam berbagai aspek kehidupannya untuk mengatur hubungan umat manusia dengan Tuhan mereka dan mengatur hubungan mereka dengan sesama mereka serta untuk mewujudkan kebahagiaan mereka di dunia dan di akhirat. Sering kali kata syariah disambungkan dengan Allah sehingga menjadi syariah Allah (*syari'atullah*) yang berarti jalan kebenaran yang lurus yang menjaga manusia dari penyimpangan dan penyelewengan, dan menjauhkan manusia dari jalan yang mengarah pada keburukan dan ajakan-ajakan hawa nafsu (Manna' al-Qaththan, 2001: 14). Kata syariah secara khusus digunakan untuk menyebut apa yang disyariatkan oleh Allah yang disampaikan oleh para Rasul-Nya kepada hamba-hamba-Nya. Karena itulah, Allah disebut *al-Syari'* yang pertama dan hukum-hukum Allah disebut hukum syara'.

Dari uraian di atas jelaslah bahwa istilah syariah pada mulanya identik dengan istilah *din* atau agama. Dalam hal ini syariah didefinisikan sebagai semua peraturan agama yang ditetapkan oleh Al-Qur'an maupun Sunnah Rasul. Karena itu, syariah mencakup ajaran-ajaran pokok agama (*ushul al-din*), yakni ajaran-ajaran yang berkaitan dengan Allah dan sifat-sifat-Nya, akhirat, dan yang berkaitan dengan pembahasan ilmu tauhid yang lain. Syariah mencakup pula etika, yaitu cara seseorang mendidik dirinya sendiri dan keluarganya, dasar-dasar hubungan kemasyarakatan, dan cita-cita tertinggi yang harus diusahakan untuk dicapai atau didekat tiap perbuatan manusia, yakni halal, haram, makruh, sunnah, dan mubah. Kajian tentang yang terakhir ini sekarang disebut fikih (Muhammad Yusuf Musa, 1988: 131).

3. Fikih

Secara etimologis kata 'fikih' berasal dari kata berbahasa Arab:

alfiqh, yang berarti pemahaman atau pengetahuan tentang sesuatu (al-Fairuzabadiy, 1995: 1126). Dalam hal ini kata *fiqh* identik dengan kata *fahm* atau *'ilm* yang mempunyai makna sama (al-Zuhaili, 1985, I: 15). Kata fikih pada mulanya digunakan orang-orang Arab untuk seseorang yang ahli dalam mengawinkan onta, yang mampu membedakan onta betina yang sedang birahi dan onta betina yang sedang bunting. Dari ungkapan ini fikih kemudian diartikan "pengetahuan dan pemahaman yang mendalam tentang sesuatu hal". Dalam buku *al-Ta'rifat,* sebuah buku semisal kamus karya al-Jarjani, dijelaskan, kata *fiqh* menurut bahasa adalah ungkapan dari pemahaman maksud pembicara dari perkataannya (al-Jarjani, 1988: 168).

Kata *fiqh* semula digunakan untuk menyebut setiap ilmu tentang sesuatu, namun kemudian dikhususkan untuk ilmu tentang syariah. Al-Qur'an menggunakan kata *fiqh* atau yang berakar kepada kata *faqiha* dalam 20 ayat. Kata *fiqh* dalam pengertian "memahami secara umum"lebih dari satu tempat dalam Al-Qur'an. Ungkapan '*liyatafaqqahu fiddin'* (QS. *at-Taubah* [9]: 122) yang artinya "agar mereka melakukan pemahaman dalam agama" menunjukkan bahwa di masa Rasulullah istilah fikih tidak hanya digunakan dalam pengertian hukum saja, tetapi juga memiliki arti yang lebih luas mencakup semua aspek dalam Islam, yaitu teologis, politis, ekonomis, dan hukum (Ahmad Hasan, 1984: 1). Perlu dicatat bahwa di masa-masa awal Islam, istilah *ilm* dan *fiqh* sering kali digunakan bagi pemahaman secara umum. Diceritakan bahwa Rasulullah telah mendoakan Ibnu 'Abbas dengan mengatakan '*Allahumma faqqihhu fiddin'* yang artinya "ya Allah berikan dia pemahaman dalam agama." Dalam doa tersebut Rasulullah tidak memaksudkan pemahaman dalam hukum semata, tetapi pemahaman tentang Islam secara umum (Ahmad Hasan, 1984: 2).

Seperti halnya syariah, fikih semula tidak dipisahkan dengan ilmu kalam hingga masa al-Ma'mun (meninggal 218 H.) dari Bani Abbasiah. Hingga abad II H., fikih mencakup masalah-masalah teologis maupun masalah-masalah hukum. Sebuah buku yang berjudul *al-Fiqh al-Akbar,* yang dinisbatkan kepada Abu Hanifah (meninggal 150 H.) dan yang menyanggah kepercayaan para pengikut aliran Qadariah, membahas prinsip-prinsip dasar Islam atau masalah-masalah teologis. Karenanya, judul buku ini menunjukkan bahwa kajian ilmu kalam juga dicakup oleh istilah fikih pada masa-masa awal Islam (Ahmad Hasan, 1984: 3).

Adapun secara terminologis fikih didefinisikan sebagai ilmu tentang hukum-hukum syara' yang bersifat amaliyah yang digali dari dalil-dalil terperinci (Khallaf, 1978: 11; Abu Zahrah, 1958: 6; al-Zuhaili,

1985, I: 16; al- Jarjani, 1988: 168; dan Manna' al-Qaththan, 2001: 183). Dari definisi ini dapat diambil beberapa pengertian sebagai berikut:

a. Fikih adalah ilmu tentang hukum-hukum syara'. Kata hukum di sini menjelaskan bahwa hal-hal yang tidak terkait dengan hukum seperti zat tidak termasuk ke dalam pengertian fikih. Penggunaan kata syara' (*syar'i*) dalam definisi tersebut menjelaskan bahwa fikih itu menyangkut ketentuan syara', yaitu sesuatu yang berasal dari kehendak Allah. Kata syara' ini juga menjelaskan bahwa sesuatu yang bersifat *aqli* seperti ketentuan satu ditambah satu sama dengan dua, atau yang bersifat *hissi* seperti ketentuan bahwa api itu panas bukanlah cakupan ilmu fikih.
b. Fikih hanya membicarakan hukum-hukum syara' yang bersifat amaliyah (praktis). Kata amaliyah menjelaskan bahwa fikih itu hanya menyangkut tindak tanduk manusia yang bersifat lahiriah. Karena itu, hal-hal yang bersifat bukan amaliyah seperti keimanan (akidah) tidak termasuk wilayah fikih.
c. Pemahaman tentang hukum-hukum syara' tersebut didasarkan pada dalil-dalil terperinci, yakni Al-Qur'an dan Sunnah. Kata terperinci (tafshili) menjelaskan dalil-dalil yang digunakan seorang mujtahid (ahli fikih) dalam penggalian dan penemuannya. Karena itu, ilmu yang diperoleh orang awam dari seorang mujtahid yang terlepas dari dalil tidak termasuk dalam pengertian fikih.
d. Fikih digali dan ditemukan melalui penalaran para mujtahid. Kata digali dan ditemukan mengandung arti bahwa fikih merupakan hasil penggalian dan penemuan tentang hukum. Fikih juga merupakan penggalian dan penemuan mujtahid dalam hal-hal yang tidak dijelaskan oleh dalil-dalil (*nash*) secara pasti.

5. Ushul Fikih

Istilah ushul fikih sebenarnya merupakan gabungan (kata majemuk) dari kata "ushul" dan kata "fikih". Makna dari kata "fikih" sudah diuraikan di atas baik secara etimologis maupun secara terminologis. Secara etimologis, fikih berarti paham, dan secara terminologis fikih berarti ilmu tentang hukum-hukum syara' yang bersifat praktis yang digali dari dalil-dalil yang terperinci dari Al-Qur'an dan Sunnah. Adapun kata "ushul" berasal dari bahasa Arab *al-ushul* yaitu isim jama' (plural) dari kata dasar (*mufrad*) '*alashl* yang artinya pokok, sumber, asal, dasar, pangkal, dan lain sebagainya (Munawwir, 1997: 23). Dengan mengetahui makna kata "ushul" dan "fikih", dapatlah dipahami makna ushul

fikih yang sebenarnya tidak jauh dari makna kedua kata yang menjadi unsur-unsurnya, yakni dasar atau pokok fikih.

Dalam beberapa buku dapat ditemukan variasi definisi tentang ushul fikih, meskipun maksudnya sama. Dalam buku *al-Ta'rifat*, al-Jarjani mendefinisikan ushul fikih sebagai ilmu tentang kaidah-kaidah untuk memahami fikih (al-Jarjani, 1988: 28). Abdul Wahhab Khallaf mendefinisikan ushul fikih sebagai ilmu tentang kaidah-kaidah dan pembahasan-pembahasan untuk menghasilkan hukum syara' yang bersifat amaliyah yang digali dari dalil-dalil yang terperinci (Khallaf, 1978: 12).

Sementara itu, Wahbah al-Zuhaili menyebutkan dua pengertian tentang ushul fikih, satu pengertian dari golongan Syafi'iyah dan satu pengertian dari golongan Hanafiyah, Malikiyah, dan Hanabilah. Golongan Syafi'iyah mengartikan ushul fikih dengan pengetahuan tentang dalil-dalil fikih secara global (*ijmali*), cara-cara menggunakannya, serta kondisi penggunanya. Adapun golongan Hanafiyah, Malikiyah, dan Hanabilah mengartikan ushul fikih dengan kaidah-kaidah yang mengantarkan pada pembahasan tentang istinbath hukum dari dalil-dalilnya yang terperinci atau ilmu tentang kaidah-kaidah ini (al-Zuhaili, 1985, I: 23-24). Dari beberapa definisi tersebut dapat dipahami bahwa ushul fikih merupakan suatu ilmu yang mendasari ilmu fikih. Dengan ushul fikih inilah dapat dipahami proses terbentuknya hukum fikih (hukum-hukum mengenai perbuatan manusia).

6. Ruang Lingkup Hukum Islam

Ruang lingkup hukum Islam menurut Zainuddin Ali, terdiri dari:

a. **Ibadah**, adalah peraturan-peraturan yang mengatur hubungan langsung dengan Allah Swt. (ritual) yang terdiri atas:
   1) Rukun Islam, yaitu mengucapkan syahadatan, mengerjakan shalat, mengeluarkan zakat, melaksanakan puasa di bulan Ramadhan dan menunaikan haji bila mempunyai kemampuan (mampu fisik dan nonfisik).
   2) Ibadah yang berhubungan dengan rukun Islam dan ibadah lainnya, yaitu badani dan mali. Badani (bersifat fisik), yaitu bersuci, azan, ikamat, iktikad, doa, solawat, umrah dan lain-lain. Mali (bersifat harta) yaitu zakat, infak, sedekah, kurban dan lain-lain.
b. **Muamalah**, adalah peraturan yang mengatur hubungan seseorang dengan orang lainnya dalam hal tukar-menukar harta (termasuk jual beli), di antaranya dagang, pinjam-meminjam, sewa-menyewa, kerja sama dagang, simpanan barang atau uang, penemuan, peng-

upahan, warisan, dan wasiat.

c. **Jinayah**, ialah peraturan yang menyangkup pidana Islam, di antaranya kisas, diyat, kifarat, pembunuhan, zina, minuman memabukan, dan murtad.
d. **Siyasah**, yaitu menyangkut masalah-masalah kemasyarakatan, di antaranya persaudaraan, tanggung jawab sosial, kepemimpinan, dan pemerintahan.
e. **Akhlak**, yaitu sebagai pengatur sikap hidup pribadi, di antaranya syukur, sabar, rendah hati, pemaaf, tawakal, dan berbuat baik kepada ayah dan ibu.
f. Peraturan lainnya, di antaranya makanan, minuman, sembelihan, berburu, nazar, pemeliharaan anak yatim, masjid, dakwah, dan perang.

Jika ruang lingkup hukum Islam di atas dianalisis objek pembahasannya, maka akan mencerminkan seperangkat norma Ilahi yang mengatur tata hubungan manusia dengan Allah, hubungan yang terjadi antara manusia yang satu dan manusia lain dalam kehidupan sosial, hubungan manusia dan benda serta alam lingkungan hidupnya. Norma Ilahi sebagai pengatur tata hubungan yang dimaksud adalah (1) kaidah ibadah dalam arti khusus atau yang disebut kaidah ibadah murni, mengatur cara dan upacara dalam hubungan langsung antara manusia dengan Tuhannya, dan (2) kaidah muamalah yang mengatur hubungan manusia dengan sesamanya dan makhluk lain di lingkungannya.

2

SISTEM HUKUM INDONESIA

A. PENGERTIAN SISTEM HUKUM

Banyak sekali pemahaman mengenai definisi sistem, setiap pakar memberikan masing-masing pendapatnya, namun dapat kiranya jika pemahaman tentang sistem adalah sebagai berikut: "sistem adalah suatu kompleksitas elemen yang terbentuk dalam satu kesatuan interaksi (proses); masing-masing elemen terikat dalam satu kesatuan hubungan yang satu sama lain saling bergantung (*interdependence of its parts*); kesatuan elemen yang kompleks itu membentuk satu kesatuan yang lebih besar, yang meliputi keseluruhan elemen pembentuknya itu (*the whole is more than the sum of its parts*); keseluruhan itu menentukan ciri dari setiap bagian pembentuknya (*the whole determines the natures of its parts*); bagian keseluruhan itu tidak dapat dipahami jika ia dipisahkan, atau dipahami secara terpisah dari keseluruhan itu (*the parts cannot be understood if considered in isolation from the whole*); bagian-bagian itu bergerak secara dinamis secara mandiri atau secara keseluruhan dalam keseluruhan (sistem) itu."[75]

Pendapat lainnya yang lebih sederhana untuk dimengerti adalah bahwa sistem sebagai jenis satuan yang dibangun dengan komponen-

[75] Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung: Mandar Maju, 2003, hlm. 65.

komponen sistemnya yang berhubungan secara mekanik fungsional yang satu dengan yang lainnya untuk mencapai tujuan sistemnya.[76]

Hukum itu sendiri bukanlah sekadar kumpulan atau penjumlahan peraturan-peraturan yang masing-masing berdiri sendiri. Arti pentingnya suatu peraturan hukum ialah karena hubungannya yang sistematis dengan peraturan-peraturan hukum lain. Hukum merupakan sistem berarti hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan kata lain, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. Kesatuan tersebut diterapkan terhadap kompleks unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas hukum, dan pengertian hukum.[77]

Sistem terdapat dalam berbagai tingkat. Dengan demikian, terdapat berbagai sistem. Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional. Kemudian masih dikenal sistem hukum perdata, sistem hukum pidana, sistem hukum administrasi. Di dalam hukum perdata sendiri terdapat sistem hukum keluarga, sistem hukum benda, sistem hukum harta kekayaan dan sebagainya.[78]

Sistem hukum merupakan sistem terbuka (mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungannya). Sistem hukum merupakan kesatuan unsur-unsur (yaitu peraturan, penetapan) yang dipengaruhi oleh faktor-faktor kebudayaan, sosial, ekonomi, sejarah, dan sebagainya. Sebaliknya sistem hukum memengaruhi faktor-faktor di luar sistem hukum tersebut. Peraturan-peraturan hukum itu terbuka untuk penafsiran yang berbeda, oleh karena itu selalu terjadi pengembangan.[79]

Menurut Lawrence M. Friedman, bahwa Suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks di mana struktur, substansi, dan kultur berinteraksi.[80] ***struktur*** adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum. ***Substansi*** (peraturan-peraturan) adalah elemen lainnya.[81] Selanjutnya Friedman mengatakan, bahwa ***Struktur*** sebuah sistem yudisial terbayang ketika kita berbicara

[76] Bachsan Mustofa, *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003, hlm. 5.

[77] Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar,* Yogyakarta: Liberty, 2005, hlm. 122.

[78] *Ibid.*, hlm. 123.

[79] *Ibid.*, hlm. 124.

[80] Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1975, Diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia oleh M. Khazim, *Sistem Hukum- Perspektif Ilmu Sosial,* Bandung: Nusa Media, 2009, hlm. 17.

[81] *Ibid.*,, hlm. 15.

tentang jumlah para hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara *substansi* tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku.[82] Adapun, kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada pada kultur umum-adat kebiasaan, opini, cara bertindak dan berpikir yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauh dari hukum dan dengan cara-cara tertentu.

Lebih lanjut lagi, bahwa "sistem hukum merupakan suatu kesatuan sistem yang tersusun atas integralitas berbagai komponen sistem hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam satu kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, memengaruhi, bergerak dalam kesatuan proses, yaitu proses sistem hukum, untuk mewujudkan tujuan hukum. Sistem hukum merupakan satu kesatuan sistem besar yang tersusun atas sub-subsistem yang lebih kecil, yaitu subsistem pendidikan, pembentukan hukum, penerapan hukum dan lain-lain, yang hakikatnya merupakan sistem tersendiri dengan proses tersendiri pula. Adapun komponen sistem hukum tersebut, yaitu:[83]

1. Masyarakat hukum: himpunan kesatuan-kesatuan hukum, baik individu maupun kelompok, sekaligus tempat hukum itu diterapkan;
2. Budaya hukum: pemikiran-pemikiran manusia dalam usahanya mengatur kehidupannya;
3. Filsafat hukum: formulasi nilai tentang cara mengatur kehidupan manusia;
4. Ilmu hukum: media komunikasi antara teori dan praktik hukum sekaligus media pengembangan teori, desain, konsep hukum;
5. Konsep hukum: formulasi kebijaksanaan hukum yang ditetapkan oleh suatu masyarakat hukum;
6. Pembentukan hukum: bagian proses hukum yang meliputi lembaga aparatur-dan saran pembentukan hukum;
7. Bentuk hukum: hasil proses pembentukan hukum;
8. Penerapan hukum: proses kelanjutan dari proses pembentukan hukum, meliputi lembaga-aparatur-saran-prosedur penerapan hukum;
9. Evaluasi hukum, proses pengujian kesesuaian antara hasil penerapan hukum dengan undang-undang atau tujuan hukum yang telah dirumuskan sebelumnya.

[82] *Ibid.,* hlm. 16.

[83] H. Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa Putra, *Op. cit.,* hlm. 149-151.

B. SISTEM HUKUM YANG BERLAKU DI INDONESIA

1. Sistem Hukum Eropa Kontinental

Civil law adalah sistem hukum yang banyak dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental yang didasarkan pada hukum Romawi. Disebut demikian, karena hukum Romawi pada mulanya bersumber pada karya agung Kaisar Iustinianus Corpus Iuris Civilis. Karena banyak dianut negara Eropa Kontinental, *civil law* sering dinamakan sistem kontinental. Negara-negara bekas jajahan negara-negara Eropa Kontinental juga menganut sistem *civil law*.

Sistem *civil law* memiliki tiga karakteristik, yaitu: (1) adanya kodifikasi; (2) hakim tidak terikat kepada preseden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama; dan (3) sistem peradilan bersifat inkuisitorial. Inkuisitorial maksudnya, bahwa dalam sistem itu, hakim mempunyai peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutus perkara. Hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Hakim di dalam *Civil law* berusaha mendapatkan gambaran lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal.

Bentuk sumber-sumber hukum dalam arti formal dalam sistem *civil law* berupa peraturan-perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi. Di mana peraturan perundang-undangan menjadi rujukan yang pertama. Negara-negara penganut *civil law* menempatkan konstitusi tertulis pada urutan tertinggi dalam hierarki peraturan perundang-undangan yang kemudian diikuti dengan undang-undang dan beberapa peraturan di bawahnya.

Di negara yang menganut *civil law*, kebiasaan-kebiasaan dijadikan sebagai sumber hukum yang kedua untuk memecahkan berbagai persoalan. Pada kenyataannya undang-undang tidak pernah lengkap. Kehidupan masyarakat begitu kompleks sehingga undang-undang tidak mungkin dapat menjangkau semua aspek kehidupan manusia. Dalam hal inilah dibutuhkan hukum kebiasaan. Patut dicermati, yang menjadi sumber hukum bukanlah kebiasaan melainkan hukum kebiasaan. Kebiasaan tidak mengikat, agar kebiasaan dapat menjadi hukum kebiasaan diperlukan dua hal yaitu: (1) tindakan itu dilakukan secara berulang-ulang dan (2) adanya unsur psikologis mengenai pengakuan bahwa apa yang dilakukan secara terus-menerus dan berulang-ulang itu aturan hukum. Unsur psikologis itu dalam bahasa latin disebut *opinion necessitates* yang berarti pendapat mengenai keharusan bahwa orang bertindak sesuai dengan norma yang berlaku akibat adanya kewajiban hukum.

Dalam sistem *civil law*, yurisprudensi bukanlah sumber hukum uta-

ma, hal ini didasari pandangan bahwa yurisprudensi atau putusan hakim pengadilan sifatnya konkret dan hanya mengikat pihak-pihak yang bersengketa saja. Bukankah aturan hukum harus bersifat umum dan abstrak? Dapatkah putusan hakim pengadilan yang bersifat konkret dan hanya mengikat para pihak dijadikan sebagai sumber hukum? Selain itu, di negara-negara *civil law* yurisprudensi rawan untuk dimodifikasi dan dianulir setiap saat. Di negara-negara *civil law* yurisprudensi bukanlah sebab hal yang mengikat. Ketika ada putusan hakim pengadilan sebelumnya yang dipakai untuk memutuskan kasus di kemudian hari, maka hal itu bukan karena putusan hakim sebelumnya mempunyai kekuatan mengikat, melainkan karena hakim yang kemudian menganggap bahwa putusan sebelumnya itu memang dianggap tepat dan layak untuk diteladani. Namun demikian yurisprudensi memiliki peranan penting dalam pengembangan hukum dan hal semacam itu tidak dapat dibantah oleh negara-negara penganut sistem *civil law*.

Meski demikian, walaupun bukan menjadi sumber hukum yang utama, melalui yurisprudensi, hakim juga mempunyai tugas untuk membuat hukum. Hal itu dalam praktik penyelesaian sengketa tidak dapat dihindari manakala terminologi yang digunakan undang-undang tidak mengatur masalah yang dihadapi atau undang-undang yang ada bertentangan dengan situasi yang dihadapi. Oleh karena itulah hakim dalam hal ini melakukan pembentukan hukum, analogi, penghalusan hukum atau penafsiran. Kegiatan-kegiatan semacam itu dalam sistem hukum kontinental disebut sebagai penemuan hukum.

2. Sistem Hukum Anglo-Saxon

Berikutnya adalah sistem hukum *common law*, adalah sistem hukum yang dianut oleh suku-suku Anglika dan Saksa yang mendiami sebagian besar Inggris sehingga disebut juga sistem Anglo-Saxon. Negara-negara bekas jajahan Inggris menganut sistem *common law*. Akan tetapi, Amerika Serikat sebagai bekas jajahan Inggris mengembangkan sistem yang berbeda dari yang berlaku di Inggris meskipun masih dalam kerangka sistem *common law*. Perkembangan politik, ekonomi, dan teknologi Amerika Serikat yang lebih pesat dari pada yang terjadi di Inggris, menyebabkan Amerika Serikat banyak bertransaksi dengan negara lain. Hal ini berimplikasi pada banyaknya hukum Amerika Serikat yang dijadikan acuan atau landasan transaksi yang bersifat internasional. Oleh karena itulah sistem *common law* pada saat ini lazim disebut sebagai sistem Anglo-American.

Sistem *common law* sangat berkembang di Inggris terutama melalui

pengadilan kerajaan yang dibentuk semasa Raja William dan penggantipenggantinya berkuasa. Di wilayah jajahan Inggris, pengadilan kerajaan sangat kuat yang membawahi pengadilan-pengadilan lokal dan hanya sedikit menangani masalah-masalah kaum ningrat, sedangkan di lain pihak pengadilan rakyat yang lama tidak lagi digunakan. Hukum yang dikembangkan oleh pengadilan kerajaan secara cepat menjadi suatu hukum yang umum (*common*) bagi semua orang di seantero negeri. Itulah sebabnya sistem hukum Inggris disebut sistem *common law*. Perlu juga untuk diungkapkan di sini, bahwa sebenarnya Amerika Serikat merupakan bekas jajahan Inggris, akan tetapi dalam perjalanan kehidupan bernegara, Amerika Serikat mengembangkan sendiri sistem hukum maupun substansi hukumnya. Salah satu perbedaan mencolok di antara keduanya adalah bahwa Amerika Serikat memiliki konstitusi tertulis sebagai hukum tertinggi di Amerika Serikat. Inggris tidak mengenal suatu konstitusi tertulis, praktik ketatanegaraan Inggris didasarkan atas *convention* (praktik ketatanegaraan yang dijalankan berdasarkan kebiasaan-kebiasaan). Selain itu, Amerika Serikat lebih mengembangkan kodifikasi baik untuk negara bagian maupun negara federal daripada Inggris. Hal itu disebabkan luas dan populasi Amerika Serikat jauh lebih besar daripada Inggris.

Sistem *common law* mempunyai tiga karakteristik, yaitu: (1) yurisprudensi dipandang sebagai sumber hukum yang terutama; (2) dianutnya doktrin *stare decisis*; dan (3) adanya *adversary system* dalam proses peradilan. Yurisprudensi sebagai sumber hukum utama karena dua hal, yaitu alasan psikologis dan alasan praktis. Alasan psikologis maksudnya setiap orang yang ditugasi untuk menyelesaikan perkara, ia cenderung sedapat-dapatnya mencari alasan pembenar atau putusan-putusannya merujuk kepada putusan yang telah ada sebelumnya daripada memikul tanggung jawab atas putusan yang dibuatnya sendiri. Adapun alasan praktisnya adalah bahwa diharapkan adanya putusan yang seragam karena sering dikemukakan bahwa hukum harus mempunyai kebiasaan dari pada menonjolkan keadilan pada setiap kasus.

Berikutnya adalah doktrin *stare decisis* yang di Indonesia dikenal dengan doktrin "preseden", yaitu hakim terikat untuk menerapkan putusan pengadilan terdahulu baik yang ia buat sendiri atau oleh pendahulunya untuk kasus serupa. Di Inggris, dengan menerapkan doktrin ini otoritas pengadilan bersifat hierarki, yaitu pengadilan yang lebih rendah harus mengikuti putusan pengadilan lebih tinggi untuk kasus serupa. Preseden yang dimaksud di sini bukanlah putusannya semata, tidak semua apa yang dikatakan oleh hakim dalam menjatuhkan pu-

tusan menciptakan suatu preseden. Yang berlaku sebagai preseden adalah pertimbangan-pertimbangan hukum yang relevan dengan fakta yang dihadapkan kepadanya. Pertimbangan-pertimbangan hukum yang dijadikan dasar putusan tersebut dalam ilmu hukum disebut *ratio decidendi*. *Ratio decidendi* inilah yang harus diikuti oleh pengadilan berikutnya untuk perkara serupa. Akan tetapi, perlu juga dikemukakan, bahwa dalam menjatuhkan putusan, hakim tidak hanya mengemukakan pertimbangan-pertimbangan hukum, melainkan juga pertimbangan-pertimbangan lain yang tidak mempunyai relevansi dengan fakta yang dihadapi (*obiter dicta*). Akan tetapi dalam perkembangan saat ini, dimungkinkan terjadinya *distinguish* (tidak menggunakannya sebagai pedoman untuk memutuskan kasus-kasus serupa), hal ini terjadi karena adanya perubahan filosofis atas *reasoning* yang melandasi putusan tersebut. Berbeda dengan sistem *civil law*, dalam sistem *common law*, pengadilan menganut sistem *adversary*. Sistem inkuisitorial seperti *civil law* sebenarnya juga ada, akan tetapi sistem *adversary* lebih diutamakan. Dalam sistem ini, kedua belah pihak yang bersengketa masing-masing menggunakan *lawyer*-nya berhadapan di depan seorang hakim. Masing-masing pihak menyusun strategi-strategi sedemikian rupa dan mengemukakan sebanyak-banyaknya alat bukti di depan pengadilan. Hakim hanya duduk di kursi hakim layaknya seorang wasit sepakbola yang hanya aturan main yang sekali-kali juga memberikan kartu kuning atau kartu merah bagi pihak yang tidak menjunjung tinggi aturan main. Apabila diperlukan juri, hakim tidak memberikan putusan mana yang menang dan mana yang kalah atau tertuduh bersalah atau tidak bersalah. Hakim member perintah kepada juri untuk mengambil putusan dan jurilah yang mengambil putusan. Putusan itu harus diterima oleh hakim terlepas ia setuju atau tidak setuju terhadap putusan itu. *Adversary system* ini lebih banyak dijumpai di Amerika Serikat.

Adapun sumber hukum dalam sistem *common law* hanya yurisprudensi yang di Inggris disebut *judge made law* atau di Amerika Serikat disebut *case law* dan perundang-undangan (*statute law*). Di Inggris, sebelum dituangkan ke dalam *common law*, hukum yang berlaku esensial merupakan hukum kebiasan. Akan tetapi, hukum Inggris bukanlah hukum kebiasaan. Hal itu disebabkan proses pembentukan *common law* melalui *judge made law* berdasarkan atas nalar (*reason*). Di Amerika Serikat kebiasaan sama sekali bukan merupakan sumber hukum.

Sebagai catatan untuk diperhatikan, memang di negara-negara penganut sistem *common law*, yurisprudensi ditempatkan sebagai sumber yang utama, akan tetapi di Amerika Serikat (dan juga perkembangan

negara-negara *common law* lain saat ini) undang-undang sama pentingnya dengan yurisprudensi.

3. Sistem Hukum Adat

Menurut Prof. Dr. R. Soepomo, S.H., dalam bukunya *bab-bab tentang Hukum Adat* dituliskan sistem hukum adat antara lain bahasa hukum, pepatah adat, dan penyelidikan hukum adat. Berikut akan dijelaskan mengenai hal tersebut.

a. Bahasa Hukum

Maksud dari bahasa hukum adalah kata-kata yang dipakai terus-menerus untuk menyebut dengan konsekuen suatu perbuatan atau keadaan, lambat laun menjadi istilah yang mempunyai isi yang tertentu. Bagi hukum adat di Indonesia, pembinaan bahasa hukum adalah soal yang minta perhatian khusus kepada para ahli hukum Indonesia.

Bahasa hukum lahir dan tumbuh setapak demi setapak. Kata-kata yang terus-menerus dipakai dengan konsekuen untuk menyebut suatu perbuatan atau keadaan, lambat laun menjadi istilah yang memiliki isi dan makna tertentu. Hukum Barat telah memiliki istilah-istilah hukum teknis yang dibina berabad-abad oleh para ahli hukum, para hakim dan oleh pembentuk undang-undang. Hukum adat, pembinaan bahasa hukum ini justru masih merupakan suatu masalah yang sangat meminta perhatian khusus pada para ahli hukum Indonesia. Baik Van Vollenhoven dan Ter Haar, mengemukakan dengan jelas betapa pentingnya soal bahasa-hukum adat bagi pelajaran serta pengertian sistem hukum adat dan bagi perkembangan ilmu pengetahuan hukum adat selanjutnya.

Bahasa hukum adalah bukan sesuatu yang dapat diciptakan dalam satu dua hari saja, tetapi harus melalui suatu proses yang cukup lama. Bahasa rakyat yang bersangkutanlah merupakan bahasa yang pertama-tama yang sanggup melukiskan perasaan rakyat dimaksud secara tepat. Dan oleh karena itulah pada zaman kolonial Belanda dahulu terjemahan istilah-istilah hukum adat dalam bahasa Belanda yang pada zaman itu orang menganggap seolah-olah isi serta artinya sudah lama, sesungguhnya merupakan suatu kesalahan, sebab istilah-istilah dalam bahasa asing dimaksud ternyata tidak dapat melukiskan makna yang terkandung dalam istilah-istilah bahasa aslinya. Sebagai Contoh: Pada zaman Hindia-Belanda, istilah yang digunakan untuk menyebut kata jual dan sewa dengan bahasa Belanda, yaitu dengan istilah *verkopen* dan *huren*, seolah-olah arti istilah *verkopen*, dan *huren* sama dengan arti jual dan sewa dalam istilah hukum adat.

Dalam ilmu hukum adat sendiri istilah jual berarti mengenai pengoperan hak (*overdracht*) dari seseorang kepada orang lain. Ada tiga jenis pengoperan yang juga menggunakan istilah jual, dan dalam pengoperan tersebut berlaku dengan pembayaran kontan dari pihak pembeli. Lain halnya dengan istilah *verkopen*, yang dimaksud dengan *verkopen* adalah sistem hukum barat tentang suatu perbuatan hukum yang bersifat obligatoir, artinya *verkoper* berjanji dan wajib mengoperkan barang yang di *verkoop* kepada pembeli dengan tidak dipersoalkan apakah harga barang itu dibayar kontan atau tidak.

Dari apa yang telah dijelaskan di atas, maka kata jual sebagai istilah hukum adat tidaklah sama artinya dengan kata *verkopen* sebagai istilah hukum Barat. Dalam sistem hukum adat, pembelian barang dengan tidak membayar kontan bukanlah termasuk perbuatan jual, melainkan temasuk dalam golongan utang piutang.

Dalam sistem hukum adat, segala perbuatan dan keadaan yang bersifat sama disebut dengan istilah yang sama pula. Misalnya istilah gantungan dipakai untuk menyebut segala keadaan yang belum bersifat tetap.

b. Pepatah Adat

Di berbagai lingkaran hukum adat terdapat pula pepatah adat yang sangat berguna sebagai petunjuk tentang adanya sesuatu peraturan hukum adat. Berikut contoh pepatah dari daerah Batak: "*Molo metmet binanga, na metmet do dengke. Molo gadang binanga, gadang dengke.*" Dalam bahasa Indonesia: "Jika (anak) sungai kecil, maka ikannya juga kecil. "Jika (anak) sungai besar, maka ikannya juga besar." Perumpamaan ini mengandung dasar hukum, bahwa upah bagi mereka yang menyelesaikan sesuatu soal hukum harus seimbang dengan pentingnya soal tersebut.

Dari daerah Minangkabau: "*Sakali aye gadang, sakali tapian beranja. Sakali raja ba*(*r*) *ganti, sakali adat berobah.*" Dalam bahasa Indonesia: "Apabila air meluap, tempat pemandian bergeser. Apabila ada penggantian raja, maka adat akan berganti juga." Pepatah ini mengandung pengertian, bahwa adat tidak statis melainkan berubah menurut perubahan yang berlaku dengan penggantian kepala adat.

Prof. Snouck Hurgronje menegaskan bahwa pepatah adat tidak boleh dianggap sebagai sumber atau dasar hukum adat. Pepatah adat harus diberi interpretasi yang tepat agar terang maknanya. Pepatah adat memang baik untuk diketahui dan disebut, akan tetapi pepatah itu tidak boleh dipandang sebagai pasal-pasal kitab undang-undang pepatah

adat tidak memuat peraturan hukum positif.

Vergouwen menulis bahwa pepatah adat tidak mempunyai sifat normatif seperti pasal undang-undang. Pepatah itu hanya mengandung aliran hukum dalam bentuk yang menyolok saja. Ter Haar berkata bahwa pepatah adat bukan merupakan sumber hukum adat, melainkan mencerminkan dasar hukum yang tidak tegas. Prof. Soepomo menegaskan bahwa pepatah adat memberi lukisan tentang adanya aliran hukum yang tertentu.

c. Penyelidikan Hukum Adat

Berlakunya sesuatu peraturan hukum adat tampak dalam putusan (penetapan) petugas hukum, misalnya putusan kumpulan desa, putusan kepala adat, dan sebagainya. Yang dimaksud dengan putusan atau penetapan itu ialah perbuatan atau penolakan perbuatan (*non-action*) dari pihak petugas hukum dengan tujuan memelihara atau untuk menegakkan hukum. Maka dari itu penyelidikan hukum adat haruslah ditujukan kepada *research* tentang putusan-putusan petugas hukum, selain itu kita juga harus menyelidiki kenyataan sosial (*social reality*), yang merupakan dasar bagi para petugas hukum untuk menentukan putusannya.

Cara atau metode penyelidikan setempat adalah mendekati para pejabat desa, orang-orang tua, para cerdik pandai, rang-orang terkemuka di daerah yang bersangkutan, dan sebagainya. Persoalan yang akan ditanyakan harus hanya fakta-fakta, hanya kejadian-kejadian yang telah dialami atau diketahui sendiri oleh mereka.

Perlu kita ketahui bahwa dalam penyelidikan hukum adat yang menentukan bukan banyaknya jumlah perbuatan yang terjadi, meskipun jumlah itu adalah penting sebagai petunjuk bahwa perbuatan itu adalah dirasakan sebagai hal yang diharuskan oleh masyarakat. akan tetapi yang penting adalah suatu perbuatan itu benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai hal yang memang sudah seharusnya. Maka dari itulah kita sudah dapat menarik kesimpulan adanya norma hukum. maka agar memperoleh bahan-bahan yang tepat serta berharga tentang hukum adat perhatian harus di arahkan sebagai berikut ini:

1) *Research* tentang putusan-putusan petugas hukum di tempat yang bersangkutan.
2) Sikap penduduk dalam hidupnya sehari-hari terhadap hal-hal yang sedang disoroti dan diinginkan mendapat keterangan dengan melakukan *field research* itu.

Untuk mendapatkan hasil penyelidikan sebagaimana mestinya, ke-

nyataan sosial yang merupakan dasar bagi para petugas hukum untuk menentukan putusan-putusannya, wajib pula diindahkan serta dipahami. Cara melakukan *field research* wajib menemui para pejabat desa, orang-orang tua, orang terkemuka, serta menanyakan fakta-fakta yang telah dialami atau diketahui sendiri oleh mereka itu.

4. Sistem Hukum Islam

Hukum Muslim (*Moslem law*) atau hukum Islam (*Islamic law*), di Arab disebut "syariah" (jalan yang benar). Hukum Muslim adalah sistem aturan-aturan hukum agama. Karena alasan-alasan yang wajar, syariah berperan penting terutama dalam wilayah-wilayah hukum yang diatur secara perinci dalam sumber-sumber hukum Islam, terutama dalam wilayah hukum keluarga, hukum waris, dan sampai taraf tertentu dalam wilayah hukum pidana. Perkembangan saat ini, terutama di Indonesia, hukum Islam (*syariah*) sudah mulai merambah ke berbagai bidang ekonomi, perbankan syariah misalnya. Sumber hukum utama dan tertinggi hukum Islam adalah Al-Qur'an, kitab suci umat muslim yang berasal dari Tuhan. Berikutnya dalam hierarki sumber hukum Islam terdapat Sunnah, yang merupakan penjelasan tentang ucapan, perbuatan, dan tingkah laku Nabi (termasuk sikap diam beliau terhadap pertanyaan-pertanyaan tertentu). Sunnah kerap dijadikan aturan untuk persoalan-persoalan yang tidak disebutkan dalam Al-Qur'an. Sumber hukum selanjutnya adalah *ijma*', yaitu pendapat-pendapat yang diterima secara umum di kalangan orang beriman, terutama cendekiawan hukum dalam menafsirkan dua sumber hukum utama tadi. Selain itu juga terdapat yang disebut *qiyas*, yaitu penalaran dengan logika, terutama untuk menghasilkan regulasi untuk situasi yang tidak secara langsung dicakup sumber-sumber dasar.

Karakteristik dari hukum Islam adalah sangat fleksibel dalam segala kejadian dan dapat mengikuti perkembangan zaman, walaupun didasarkan pada Al-Qur'an yang sudah dibuat beribu-ribu tahun yang lalu dan tidak dapat diubah. Persebaran negara-negara yang menganut sistem hukum Islam banyak dijumpai di negara-negara jazirah Arab. Tidak hanya itu, negara-negara di Asia dan Afrika Timur banyak yang menganut sistem hukum Islam baik secara langsung maupun berbaur dengan sistem hukum lainnya.

***

Bagaimana dengan sistem hukum Indonesia, termasuk kategori

yang mana? Sebagai bekas negara jajahan Belanda (penjajah terlama di Indonesia), sistem hukum di Indonesia cenderung mengikuti sistem hukum *civil law*, karakteristik hukumnya sangat mirip, akan tetapi sebagai negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam, sistem hukum Islam juga memengaruhi kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia, banyak peraturan perundang-undangan di Indonesia, baik secara eksplisit maupun implisit mengadopsi ketentuan-ketentuan hukum Islam, bahkan terdapat satu provinsi (Nanggroe Aceh Darussalam) yang memiliki keistimewaan dengan menerapkan sistem hukum Islam dalam tata pemerintahan dan kehidupan sosial sehari-hari. Terakhir, jangan lupakan keberadaan sistem hukum adat yang juga tumbuh dan diakui keberadaannya dalam sistem hukum Indonesia (walaupun secara terbatas). Beberapa pengaturan di bidang hukum waris dan hukum agraria serta hukum pidana (secara terbatas) dipengaruhi atau mengadopsi sistem hukum adat.

Dengan demikian berdasarkan penjelasan di atas, bahwa sistem hukum di Indonesia yakni sistem hukum campuran. Argumentasinya, bahwa beberapa karakteristik sistem hukum yang berlaku di dunia juga adopsi di indonesia. Misalnya, yurisprudensi sebagai sumber hukum. Padahal, asal usul yurisprudensi, yakni pada sistem hukum yang berlaku di *common law* yang bermuara di negara Inggris.

3

SEJARAH HUKUM INDONESIA

A. MASA MAJAPAHIT[84]

Di dalam menuliskan sejarah kerajaan Majapahit, perkara perundang-undangan yang berlaku pada masa itu jarang sekali disinggung, karena kebanyakan di antara sarjana sejarah dalam bidang Asia Tenggara kurang paham akan hal itu, sedangkan para sarjana dalam bidang Jawa kuno kurang menaruh perhatian terhadapnya.

Dr. J.C.G Jonker adalah sarjana Belanda pertama yang mengadakan penelitian perbandingan antara perundang-undangan Jawa kuno dengan perundang-undangan Manawa (India). Karyanya berjudul *Een Oud-Javaansch wetboek vergeleken met Indische rechtsbronnen* dimajukan sebagai tesis Universitas Leiden pada 1885, yang dijadikan dasar penelitiannya ialah kitab undang-undang agama yang berasal dari pulau Bali. Pada waktu itu penelitian tentang Majapahit belum dimulai. Oleh karena itu, Jonker tidak menyinggung Majapahit dalam pembahasannya. Sarjana Belanda kedua yang juga tertarik kepada perundang-undangan Majapahit ialah Dr. G.A.J Hazeu, sarjana ini menerbitkan *Tjebonsch Wetboek* (*Papakem Tjerbon*) *van het jaar 1768*, dalam seri VBG LV, 1906. Akibatnya bidang perundang-undangan Majapahit ini lama terbengkalai, penelitian terhadap undang-undang zaman Majapahit ini menjadi

[84] http://wongjawa670.blogspot.com/2011/04/perundang-undangan-zaman-majapahit-

penting dalam rangka pengetahuan tentang sejarah perundang-undangan di Asia Tenggara, terutama karena perundang-undangan Majapahit ditulis dalam abad ke-14, namun perundang-undang ini tidak memiliki kaitan langsung dengan kehidupan kenegaraan zaman sekarang.

Prof. Djokosutono seorang sarjana hukum adat pada Universitas Indonesia yang diserahi tugas memimpin Lembaga Hukum Nasional (meninggal pada 1965) pernah menyesalkan demikian: "Seandainya peraturan-peraturan pada zaman Majapahit yang diterapkan oleh Gajah Mada, tercatat dan catatan itu sampai kepada kita, maka kita sudah mempunyai dasar hukum nasional. Tidak seperti sekarang ini!" Penyesalan tersebut dapat ditafsirkan bahwa beliau ingin menggunakan perundang-undangan Majapahit sebagai landasan hukum nasional Negara Republik Indonesia. Keinginan ini tentu berhubungan erat dengan kedudukan beliau sebagai kepala Lembaga Hukum Nasional yang didirikan pada sekitar tahun lima puluhan dan memperoleh tugas khusus dari kepala negara untuk menyusun hukum nasional sebagai ganti hukum kolonial yang masih berlaku hingga saat ini. Hasil penelitian beliau diterbitkan oleh penerbit Bhratara pada 1967 di bawah judul *Perundang-undangan Majapahit*.

Negarakertagama di dalam pupuh LXXIII memberitakan, bahwa dalam soal pengadilan Dyah Hayam Wuruk Sri Rajasanagara tidak bertindak serampangan, tetapi patuh mengikuti undang-undang, sehingga adil segala keputusan yang diambilnya, membuat puas semua pihak. Demikianlah pada zaman pemerintahan Dyah Hayam Wuruk telah ada kitab undang-undang (***agama***) yang dijadikan pegangan dalam menjalankan proses pengadilan.

Dalam *Kidung Sorandaka* diuraikan bahwa Lembu Sora dikenakan tuntutan hukuman mati berdasarkan Kitab Undang-Undang *Kutara Manawa*, akibat pembunuhannya terhadap Mahisa Anabrang dalam masa pemberontakan Rangga Lawe. Dari uraian *Kidung Sorandaka* tersebut kita mengetahui tentang adanya Kitab Undang-Undang *Kutara Manawa* pada zaman kerajaan Majapahit. Selanjutnya dalam penelitian prasasti-prasasti zaman Majapahit setidaknya terdapat dua prasasti yang mencatat nama Kitab Undang-Undang *Kutara Manawa* ini, yaitu Prasasti Bendasari tidak bertarik dan Prasasti Trawulan berangka tahun 1358.

Pada Prasasti Bendasari yang jelas-jelas dikeluarkan oleh Sri Rajasanagara (Hayam Wuruk) yang termuat dalam O.J.O LXXXV pada lempengan 6a, kedapatan nama perundang-undangan tersebut dalam kalimat seperti berikut ini: "*Makatanggwan rasagama ri sang hyang Kutara Manawa adi, manganukara prawettyacara sang pandita wyawaharawic-*

cheda ka ring malama." Artinya: "Dengan berpedoman kepada isi kitab yang mulia *Kutara Manawa* dan lainnya, menurut teladan kebijaksanaan para pendeta dalam memutuskan pertikaian zaman dahulu."

Pada Prasasti Trawulan 1358 yang dikeluarkan oleh Sri Rajasanagara, lempengan III baris 5 dan 6 kedapatan juga nama kitab perundang-undangan *Kutara Manawa*, yang bunyinya seperti berikut: "... *Ika ta kabeh Kutara Manawa adisastra wicecana tatpara kapwa sama-sama sakte kawiwek saning sastra makadi Kutara Manawa* ..." Artinya: "Semua ahli tersebut bertujuan hendak menafsirkan Kitab Undang-Undang *Kutara Manawa* dan lain-lainnya. Mereka itu cakap menafsirkan kitab undang-undang seperti *Kutara Manawa*."

Dari uraian kedua prasasti tersebut di atas, dapatlah kita pastikan bahwa nama kitab perundang-undangan pada zaman kerajaan Majapahit adalah *Kutara Manawa*. Kitab ini memang pernah diterbitkan oleh Dr. J.C.G Jonker pada 1885 dan disebut *agama* yang artinya undang-undang. Pada pasal 23 dan 65 kitab undang-undang tersebut menyebut nama *Kutara Manawa*, oleh karenanya dalam hal ini semakin dapat dipastikan bahwa kitab perundang-undangan zaman kerajaan Majapahit disebut dengan *Kutara Manawa*.

Kitab perundang-undangan zaman Majapahit *Kutara Manawa* yang dalam *Negarakertagama* disebut dengan *agama* sebagaimana adanya sekarang ini terdiri dari 275 Pasal, namun ternyata bahwa di antaranya terdapat pasal-pasal yang sama atau mirip sekali, sehingga di dalam terjemahannya hanya disajikan 272 pasal saja, karena salah satu pasal telah rusak dan dua pasal lainnya merupakan ulangan pasal yang sejenis.

Pada bagian yang pertama telah diuraikan secara panjang lebar perihal kitab undang-undang pada zaman kerajaan Majapahit yang disebut dengan *Kutara Manawa*, selanjutnya pada bagian kedua ini akan sedikit diuraikan perihal susunan atau sistematika dari kitab perundang-undangan tersebut. Susunan kitab *Kutara Manawa* (*agama*) seperti adanya dalam bahasa Jawa Kuno beraduk tidak karuan, boleh dikatakan tidak dapat diketahui ujung pangkalnya. Untuk memperoleh gambaran tentang hal-hal yang dijadikan undang-undang tersebut, maka susunan yang beraduk tersebut disesuaikan dan diatur kembali ke dalam pelbagai bab, di mana pada tiap-tiap bab memuat pasal-pasal yang sejenis sehingga ada sekadar sistematik dalam susunannya, sudah pasti bahwa susunannya semula menganut suatu sistem yang tidak diketahui lagi. Mungkin usaha penyusunan kembali itu sekadar mendekati susunan aslinya. (Prof. Dr. Slametmulyana, *Negarakretagama dan Tafsir Sejarahnya*, Bhratara Karya Aksara, Jakarta, 1979, hlm. 184.)

Hasil usaha penyusunan kembali tersebut, sebagai berikut:

- Bab I Ketentuan umum mengenai denda
- Bab II Delapan macam pembunuhan yang disebut *astadusta*
- Bab III Perlakuan terhadap hamba, disebut *kawula*
- Bab IV Delapan macam pencurian, disebut *astacorah*
- Bab V Paksaan atau *sahasa*
- Bab VI Jual beli atau *adol-atuku*
- Bab VII Gadai atau *sanda*
- Bab VIII Utang-piutang atau *autang-apiutang*
- Bab IX Titipan
- Bab X Mahar atau *tukon*
- Bab XI Perkawinan atau *kawarangan*
- Bab XII Mesum atau *paradara*
- Bab XIII Warisan atau *drewe kaliliran*
- Bab XIV Caci-maki atau *wakparusya*
- Bab XV Menyakiti atau *dandaparusya*
- Bab XVI Kelalaian atau *kagelehan*
- Bab XVII Perkelahian atau *atukaran*
- Bab XVIII Tanah atau *bhumi*
- Bab XIX Fitnah atau *duwilatek*

Pada zaman kerajaan Majapahit, pengaruh India meresap dalam segala bidang kehidupan, pengaruh India tersebut juga terasa sekali dalam bidang perundang-undangannya. Nama *agama* dan *Kutara Manawa* telah jelas menunjukkan adanya pengaruh India dalam bidang perundang-undangannya. Kitab perundang-undangan India *Manawadharmasastra* dijadikan pola dasar perundang-undangan pada masa Majapahit yang disebut dengan *agama* atau *Kutara Manawa* isinya adalah saduran dari kitab perundang-undangan India tersebut yang telah disesuaikan dengan kondisi masyarakat pada waktu itu.

Dalam bab umum dari kitab *Kutara Manawa* dinyatakan secara tegas bahwa raja yang berkuasa (*sang amawa bhumi*) harus teguh hatinya dalam menerapkan besar kecilnya denda, jangan sampai salah dalam hal pengetrapannya. Jangan sampai orang yang bertingkah salah luput dari tindakan. Itulah kewajiban raja yang berkuasa jika sungguh-sungguh mengharapkan kerahayuan negaranya.

Kitab *Kutara Manawa* ini pada dasarnya merupakan kitab undang-undang jinayah atau pidana, karena isinya terutama langsung menyangkut penjelasan-penjelasan tentang tindak pidana yang dapat dikenai denda atau hukuman berupa uang, barang atau hukuman mati, dan di

dalam kitab ini tidak banyak mengandung nasihat seperti dalam kitab *Manawadhamasastra*.

Dalam Pasal 109 Kitab *Kutara Manawa* dijelaskan bahwa isi kitab perundang-undangan ini disarikan dari kitab perundang-undangan India *Manawadharmasastra* dan *Kutaradharmasastra*. Bunyinya sebagai berikut:

> "Kerbau atau sapi yang digadaikan setelah lewat tiga tahun, leleb sama dengan dijual menurut Undang-Undang *Kutara*, menurut Undang-Undang *Manawa* baru leleb setelah lewat lima tahun. Ikutilah salah satu karena kedua-duanya adalah undang-undang. Tidak dibenarkan anggapan bahwa yang satu lebih baik dari yang lain. *Manawadharmasastra* adalah ajaran Maharaja Manu, ketika manusia baru saja diciptakan, beliau seperti Bhatara Wisnu. *Kutarasastra* adalah ajaran Begawan Bregu pada zaman Treptayoga, beliau seperti Bhatara Wisnu, diikuti oleh Rama Parasu dan oleh semua orang; bukan buatan zaman sekarang, ajaran itu telah berlaku sejak zaman purba."

Dalam Kitab *Kutara Manawa* tersebut terdapat banyak pasal yang dikatakan berasal dari ajaran Bagawan Bregu (*Kutarasastra*) misalnya seperti pada Pasal 46, 141, 176, dan 234. Adanya beberapa pasal yang sangat mirip dalam Kitab *Kutara Manawa* menunjukkan bahwa kitab perundang-undangan tersebut selain bersumber dari *Manawadharmasastra* juga menggunakan perundang-undangan lainnya sebagai acuan, misalnya pada Pasal 192 dan 193, Pasal 121, dan Pasal 123. Bab paksaan atau *sahasa* dalam Kitab *Kutara Manawa* berbeda dengan apa yang terdapat pada *Manawadharmasastra*.

Di dalam bagian yang kedua telah penulis uraikan secara panjang lebar perihal sistematika atau susunan Kitab *Kutara Manawa*, selanjutnya pada bagian ketiga ini akan sedikit diuraikan mengenai contoh-contoh pasal yang ada dalam kitab tersebut. Misalnya:

> Pasal 87:
> Pendapatan dari kerbau, sapi dan segala apa yang dirampas, terutama hamba, dikembalikan kepada pemiliknya dua kali lipat.
>
> Pasal 92:
> Barangsiapa menebang pohon orang lain tanpa izin pemiliknya, dikenakan denda empat tali oleh raja yang berkuasa. Jika hal itu terjadi pada waktu malam, dikenakan pidana mati oleh raja yang berkuasa; pohon yang ditebang dikembalikan dua kali lipat.

B. MASA PENJAJAHAN BELANDA

1. Masa Vereenigde Oost Indische Compagnie (1602-1799)[85]

Pada masa berdagang di Indonesia, Vereenigde Oost Indische Compagnie (VOC) diberi hak-hak istimewa oleh pemerintah Belanda. Hak istimewa yang diberikan pemerintah Belanda kepada VOC adalah hak *octrooi* yang meliputi monopoli pelayaran dan perdagangan, mengumumkan perang, mengadakan perdamaian dan mencetak uang. Pemberian hak yang demikian itu membawa konsekuensi bahwa VOC memperluas daerah jajahannya dikepulauan Nusantara. Dalam usahanya untuk memperbesar keuntungan, VOC memaksakan aturan-aturan yang dibawa dari negeri asalnya untuk ditaati oleh orang-orang pribumi. Aturan-aturan yang dipaksakan berlakunya itu adalah peraturan-peraturan dalam bidang perdagangan dan bisa diterapkan di kapal-kapal dagang. Ketentuan hukum tersebut sama dengan hukum Belanda kuno yang sebagian besar merupakan "hukum disiplin". Dalam perkembangannya kemudian Gubernur Jenderal Pieter Both diberi wewenang untuk membuat peraturan guna menyelesaikan masalah dalam lingkungan pegawai-pegawai VOC di daerah-daerah yang dikuasai VOC. Kecuali itu, Gubernur Jenderal Pieter Both juga diberi wewenang untuk memutuskan perkara-perkara perdata dan pidana.

Setiap peraturan yang dibuat diumumkan, tetapi pengumuman itu tidak disimpan dalam arsip dan sesudah diumumkan kemudian dilepas serta tidak disimpan dengan baik, sehingga akhirnya tidak diketahui lagi peraturan mana yang masih berlaku dan mana yang tidak berlaku. Keadaan demikian menimbulkan niat VOC untuk mengumpulan pengumuman-pengumuman yang pernah ditempel kemudian disusun secara sistematik dan akhirnya diumumkan di Batavia dengan nama statuta Batavia (1642).

Usaha serupa dilakukan lagi pada 1766 dan menghasilkan statuta Batavia Baru. Statuta-statuta itu berlaku sebagai hukum positif baik bagi orang pribumi maupun orang pendatang dan sama kekuatan berlakunya dengan peraturan-peraturan lain yang telah ada. Statuta-statuta tersebut walaupun merupakan kumpulan peraturan, bukanlah suatu kodifikasi karena peraturan-peraturan yang ada dalam statuta tersebut tidak disusun secara sistematik. Kemudian penelitian yang dilakukan oleh Freijer menghasilkan kitab hukum yang dinamakan *Kompendium*

[85] Hasim Purba, *Pengantar Ilmu Hukum Indonesia*, Diktat USU, 2007, USU Repository © 2008.

Freijer yang di dalamnya termuat aturan-aturan hukum perkawinan dan hukum waris Islam. Selain peraturan-peraturan hukum yang dibuat oleh VOC, pada masa ini pun kaidah-kaidah hukum adat Indonesia tetap dibiarkan berlaku bagi orang-orang bumiputra.

Dari uraian di atas dapat diketahui, bahwa ketika VOC berakhir pada 31 Desember 1799 karena dibubarkan oleh pemerintah Belanda, tata hukum yang berlaku pada waktu itu terdiri atas aturan-aturan yang diciptakan oleh gubernur jenderal yang berkuasa di daerah kekuasaan VOC serta aturan-aturan tidak tertulis maupun tertulis yang berlaku bagi orang-orang pribumi, yaitu hukum adatnya masing-masing.

2. Masa Besluiten Regerings (1814-1855)

Pada masa Besluiten Regerings (BR) raja mempunyai kekuasaan mutlak dan tertinggi atas daerah-daerah jajahan termasuk kekuasaan mutlak terhadap harta benda milik negara bagian lain. (Menurut Pasal 36 UUD Negeri Belanda 1814). Kekuasaan mutlak raja itu diterapkan pula dalam membuat dan mengeluarkan peraturan yang berlaku umum dengan nama *Algemene Verordening* atau Peraturan Pusat. Peraturan pusat berupa keputusan raja, maka dinamakan *Keninklijk besluit*. Pengundangannya lewat selebaran yang dilakukan oleh Gubernur Jenderal. Ada dua macam keputusan raja sesuai dengan kebutuhannya:

a. Ketetapan raja, yaitu *besluit* sebagai tindakan eksekutif raja, misalnya ketetapan pengangkatan gubernur jenderal.
b. Ketetapan raja sebagai tindakan legislatif, misalnya berbentuk *Algemene Verordening* atau *Algemene Maatregel van Bestuur* (AMVB) di negeri Belanda.

Raja mengangkat para komisaris jenderal yang ditugaskan untuk melaksanakan pemerintahan di *Nederlands Indie* (Hindia-Belanda). Mereka yang diangkat adalah Elout, Buyskes, dan Van de Capellen. Para komisaris jenderal itu tidak membuat peraturan baru untuk mengatur Pemerintahannya. Mereka tetap memberlakukan undang-undang dan peraturan-peraturan yang berlaku pada masa Inggris berkuasa di Indonesia, yaitu mengenai *Landrente* dan susunan pengadilan buatan Raffles.

Sejak para komisaris jenderal memegang Pemerintahan di daerah-daerah jajahan (wilayah Hindia-Belanda), baik raja maupun gubernur jenderal tidak mengadakan perubahan peraturan maupun undang-undang karena mereka menunggu terwujudnya kodifikasi hukum yang direncanakan oleh Pemerintah Belanda. Lembaga peradilan yang diperuntukan bagi orang-orang pribumi tetap sama digunakan peradilan Ing-

gris begitu pula pelaksanaannya.

Dalam usaha untuk memenuhi kekosongan kas negara Belanda Gubernur Jenderal Du Bus dengan Gisignes menerapkan politik agraria dengan cara mempekerjakan orang-orang pribumi yang sedang menjalankan hukuman, yang dikenal dengan kerja paksa (dwangs arbeid). Suatu hal yang perlu diperhatikan ialah bahwa pada 1830 Pemerintah Belanda berhasil mengkodifikasikan hukum perdata.

Pengundangan hukum yang sudah berhasil dikodifikasi itu baru dapat terlaksana pada 1 Oktober 1838. Setelah itu, timbul pemikiran tentang pengkodifikasian hukum perdata bagi orang-orang Belanda yang berada di Hindia-Belanda. Pemikiran itu akan diwujudkan sehingga pada 15 Agustus 1839 menteri jajahan Belanda mengangkat Komisi Undang-Undang bagi Hindia-Belanda yang terdiri dari Mr. Scholten van Out Haarlem (ketua) dan Mr. Mr. J. Schneither serta Mr. J.F.H van Nes sebagai anggota. Beberapa peraturan yang berhasil ditangani oleh Komisi itu dan disempurnakan oleh Mr. H.L. Wicher yaitu:

a. *Reglement op de Rechterlijke Organisatie* (RO) atau Peraturan Organisasi Pengadilan (POP).
b. *Algemene Bepalingen van Wetgeving* (AB) atau Ketentuan-ketentuan Umum tentang Perundang-undangan.
c. *Burgerlijk Wetboek* (BW) atau Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata).
d. *Wetboek van Koophandel* (WvK) atau KUHD.
e. *Reglement of de Burgerlijke Rechtsvordering* (RV) atau Peraturan tentang Acara Perdata.

Semua peraturan tersebut setelah disempurnakan oleh Mr. H.L. Wicher diundangkan berlakunya di Hindia-Belanda sejak tanggal 1 Mei 1848 melalui S.1847:57. Dari kenyataan sejarah tersebut di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa tata hukum pada masa Besluiten Regerings (BR) terdiri dari peraturan-peraturan tertulis yang dikodofikasikan, peraturan-peraturan tidak tertulis (hukum adat) yang khusus berlaku bagi orang bukan golongan Eropa.

3. Masa Regerings Reglement (1855-1926)

Pada 1848 terjadi perubahan *Grand Wet* (UUD) di negeri Belanda yang mengakibatkan terjadinya pengurangan terhadap kekuasaan raja, karena *Staten General* (parlemen) campur tangan dalam pemerintahan dan perundang-undangan jajahan Belanda di Indonesia. Perubahan penting yang berkaitan dengan Pemerintahan dan perundang-undang-

an, ialah dengan dicantumkannya Pasal 59 ayat (I), (II), dan (IV) *Grand Wet* yang isinya:

> Ayat (I):
> Raja mempunyai kekuasaan tertinggi atas daerah jajahan dan harta kerajaan di bagian dari dunia.
>
> Ayat (II) dan (IV):
> Aturan tentang kebijaksanaan Pemerintah ditetapkan melalui undang-undang. Hal-hal lain yang menyangkut mengenai daerah-daerah jajahan dan harta, kalau diperlakukan akan diatur dengan undang-undang.

Dari ketentuan Pasal 59 ayat (I),(II), dan (IV) tersebut tampak jelas berkurangnya kekuasaan raja terhadap dareah jajahan Belanda di Indonesia. Peraturan-peraturan yang menata daerah jajahan tidak semata-mata ditetapkan oleh raja dengan *Koninklijk Belsuit*-nya, tetapi peraturan itu ditetapkan bersama oleh raja dan parlemen. Dengan demikian, sistem pemerintahannya berubah dari monarki konstitusional menjadi monarki konstitusional parlementer.

Peraturan dasar yang dibuat bersama oleh raja dan parleman untuk mengatur pemerintahan daerah jajahan di Indonesia adalah *Regerings Reglement. Regerings Reglement* ini berbentuk undang-undang dan diundangkan melalui S.18 55:2 RR yang selanjutnya dianggap sebagai UUD pemerintah jajahan Belanda. Politik hukum pemerintah jajahan Belanda yang mengatur tentang tata hukum dicantumkan dalam Pasal 75 RR dalam asasnya sama seperti yang dimuat dalam Pasal 11 AB, yaitu bahwa dalam menyelesaikan perkara perdata hakim diperintahkan untuk menggunakan hukum perdata Eropa bag golongan Eropa dan hukum adat bagi orang bukan Eropa.

Pada tahun 1920 RR mengalami perubahan pada Pasal-pasal tertentu, maka kemudian RR dinamakan RR baru yang berlaku sejak tanggal 1 Januari 1926. Golongan penduduk dalam Pasal 75 RR itu diubah dari dua golongan menjadi tiga golongan, yaitu golongan Eropa, Timur Asing, dan Indonesia (pribumi). Pada masa berlakunya RR telah berhasil diundangkan kitab-kitab hukum, yaitu:

a. Hukum yang berlaku pada penduduk golongan Eropa sebagaimana ditentukan dalam Pasal 131 IS adalah hukum perdata, hukum pidana material, dan hukum acara.
   1) Hukum perdata yang berlaku bagi golongan Eropa adalah *Burgerlijk Wetboek dan Wetboek van Koophandel* (BW dan WvK) yang diundangkan berlakunya tanggal 1 Mei 1848, dengan asas konkordasi.

2) Hukum pidana material yang berlaku bagi golongan Eropa ialah *Wetboek van Strafrecht* (WvS) yang diundangkan berlakunya tanggal 1 Januari 1948 melalui S.1915:732.
3) Hukum acara yang digunakan dalam proses peradilan bagi golongan Eropa ialah *Reglement op de Burgerijk Rechtsvordering* untuk proses perkara perdata dan *Reglement op de Strafvordering* yang diundangkan melalui S. 1847:53. keduanya berlaku untuk daerah Jawa dan Madura. Susunan peradilan yang digunakan bagi golongan Eropa di Jawa dan Madura, yaitu:
   - *Residentiegerecht*
   - *Road van Justitie*
   - *Hooggerechtshof*

   Peradilan di luar Jawa dan Madura diatur dalam *Rechts Reglement Buitengewesten* berdasarkan S.1927:227 untuk daerah masing-masing.

b. Hukum yang berlaku bagi golongan pribumi (bumiputra) adalah hukum adat dalam bentuk tidak tertulis. Namun jika pemerintah Hindia-Belanda menghendaki lain, hukum adat dapat diganti dengan ordonansi yang dikeluarkan olehnya (Pasal 131 ayat [6] IS). Dengan demikian, berlakunya hukum adat tidak mutlak. Keadaan demikian telah dibuktikan dengan dikeluarkannya berbagai ordonansi yang diberlakukan lagi bagi semua golongan:
   1) 1933:48 jo S.1938:2 tentang Peraturan Pembukuan Kapal.
   2) S.1933:108 tentang Peraturan Umum Perhimpunan Koperasi.
   3) S.1938:523 ordonansi tentang Orang yang Meminjamkan Uang.
   4) S.1938:524 Ordonansi tentang Riba.

   Hukum yang berlaku bagi golongan pribumi:
   1) S.1927:91 tentang Koperasi Pribumi.
   2) S.1931:33 Peraturan tentang Pengangkatan Wali di Jawa dan Madura.
   3) S.1933:74 tentang Perkawinan Orang Kristen di Jawa, Minahasa, dan Ambon.
   4) S.1933:75 Peraturan tentang Pencatatan Jiwa Bagi Orang Indonesia di Jawa, Madura, Minahasa, Ambon, Saparua, dan Banda.
   5) S.1939:569 Ordonansi tentang Maskapai Andil.
   6) S.1939:570 Ordonansi tentang Perhimpunan Pribumi.

c. Hukum yang berlaku pada Golongan Timur Asing:
   1) Hukum Perdata dan Hukum Pidana Adat mereka menurut ketentuan Pasal 11 AB, berdasarkan S.1855:79 (untuk semua golongan Timur Asing).

2) Hukum perdata golongan Eropa (BW) hanya bagi golongan Timur Asing China untuk wilayah Hindia-Belanda melalui S.1924: 557, dan untuk daerah Kalimantan Barat berlakunya BW tanggal 1 September 1925 melalui S.1925:92.
3) WvS yang berlaku sejak 1 Januari 1918, untuk hukum pidana material.
4) Hukum acara yang berlaku bagi golongan Eropa dan hukum acara yang berlaku bagi golongan pribumi karena dalam praktik kedua hukum acara tersebut digunakan untuk peradilan bagi golongan Timur Asing.

Dalam proses penyelenggaraan peradilan di samping susunan peradilan yang telah disebut di atas, masih ada lembaga-lembaga pengadilan lain yang melaksanakan peradilan sendiri. Lembaga pengadilan itu adalah:

a. Pengadilan swapraja
b. Pengadilan agama
c. Pengadilan militer

C. MASA PENJAJAHAN JEPANG

Pada masa penjajahan Jepang, daerah Hindia-Belanda dibagi menjadi dua, yaitu:

1. Indonesia Timur di bawah kekuasaan Angkatan Laut Jepang berkedudukan di Makasar.
2. Indonesia Barat di bawah kekuasaan Angkatan Darat Jepang berkedudukan di Jakarta.

Peraturan-peraturan yang digunakan untuk mengatur pemerintah di wilayah Hindia-Belanda dibuat dengan dasar *Gun Seirei* melalui *Osamu Seirei*. Dalam keadaan darurat pemerintah bala tentara Jepang di Hindia-Belanda menentukan hukum yang berlaku untuk mengatur Pemerintahan dengan mengeluarkan *Osamu Seirei* No. 1/1942. Pasal 3 *Osamu Seirie* No. 1/1942 menentukan bahwa "semua badan pemerintahan dan kekuasaannya, hukum dan undang-undang dari pemerintah yang dulu tetap diakui sah untuk sementara waktu, asal tidak bertentangan dengan peraturan pemerintahan militer."

Dari ketentuan Pasal 3 *Osamu Seirie* No. 1/1942 tersebut dapat diketahui bahwa hukum yang mengatur pemerintahan dan lain-lain tetap menggunakan *Indische Staatregeling* (IS). Hukum perdata, pidana, dan hukum acara yang berlaku bagi semua golongan sama dengan yang

ditentukan dalam Pasal 131 IS, dan golongan-golongan penduduk yang ada adalah sama dengan yang ditentukan dalam Pasal 163 IS.

Kemudian Pemerintah bala tentara Jepang mengeluarkan *Gun Seirei* nomor istimewa 1942, *Osamu Seirei* No. 25 tahun 1944 dan *Gun Seirie* No. 14 tahun 1942, *Gun Seirei* nomor istimewa tahun 1942 dan *Osamu Seirei* No. 25 tahun 1944 memuat aturan-aturan pidana umum dan aturan-aturan pidana khusus. *Gun Seirei* No. 14 tahun 1942 mengatur tentang pengadilan di Hindia-Belanda.

D. MASA KEMERDEKAAN

Masa pasca-kemerdekaan adalah masa sesudah Indonesia merdeka. Pada masa ini tata hukum Indonesia dan politik hukum Indonesia akan dibicarakan berdasarkan kurun waktu berlakunya berbagai Undang-Undang Dasar Indonesia.

1. Masa 1945-1949

Sejak merdeka 17 Agustus 1945, bangsa Indonesia menjadi bangsa yang bebas dan tidak tergantung pada bangsa mana pun juga. Dengan demikian, bangsa Indonesia bebas dalam menentukan nasibnya, mengatur negaranya dan menetapkan tata hukumnya. Undang-undang Dasar yang menjadi dasar dalam penyelenggaraan Pemerintah ditetapkan pada tanggal 18 Agustus 1945. Undang-Undang Dasar yang ditetapkan untuk itu adalah UUD 1945. Bentuk tata hukum dan politik hukum yang akan berlaku pada masa itu dapat dilihat pada Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945. Pasal II aturan peralihan UUD menentukan bahwa, "segala badan negara dan peraturan yang ada maih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini."

Dari ketentuan tersebut dapat diketahui bahwa hukum yang dikehendaki untuk mengatur penyelenggaraan negara adalah peraturan-peraturan yang telah ada dan berlaku sejak masa sebelum Indonesia merdeka. Hal ini berarti segala peraturan yang telah ada dan berlaku pada zaman penjajahan Belanda dan masa pemerintah bala tentara Jepang, tetap diberlakukan. Pernyataan itu adalah untuk mengatasi kekosongan hukum, sambil menunggu produk peraturan baru yang dibentuk oleh pemerintah negara Republik Indonesia. Dengan demikian, jelaslah bahwa tata hukum yang berlaku pada masa 1945-1949 adalah segala peraturan yang telah ada dan pernah berlaku pada masa penjajahan Belanda, masa Jepang berkuasa dan produk-produk peraturan baru yang dihasilkan oleh pemerintah negara Republik Indonesia dari 1945-1949.

2. Masa 1949-1950

Masa ini adalah masa berlakunya Konstitusi RIS. Pada masa tersebut tata hukum yang berlaku adalah tata hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan yang dinyatakan berlaku pada masa 1945-1949 dan produk peraturan baru yang dihasilkan oleh pemerintah negara yang berwenang untuk itu selama kurun waktu 27 Desember 1949 sampai dengan 16 Agustus 1950. hal ini ditentukan oleh Pemerintah negara melalui Pasal 192 K.RIS yang isinya sebagai berikut: "Peraturan-peraturan, undang-undang dan ketentuan tata usaha yang sudah ada pada saat konstitusi ini mulai berlaku tetap berlaku tidak berubah sebagai peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan RIS sendiri, selama dan sekadar peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan itu tidak di cabut, ditambah atau diubah oleh undang-undang dan ketentuan tata usaha atas kuasa konstitusi ini."

3. Masa 1950-1959

Konstitusi RIS hanya berlaku 7 bulan 16 hari kemudian diganti dengan UUDS 1950 yang berlaku sampai 4 Juli 1959. Tata hukum yang diberlakukan pada masa ini adalah tata hukum yang terdiri dari semua peraturan yang dinyatakan berlaku berdasarkan Pasal 142 UUDS 1950, kemudian ditambah dengan peraturan baru yang dibentuk oleh pemerintah negara selama kurun waktu dari 17 Agustus 1950 sampai 4 Juli 1959.

4. Masa 1959-Sekarang

UUDS 1950 hanya berlaku sampai tanggal 4 Juli 1959, karena dengan Dekrit Presiden 5 Juli 1959 UUDS 1950 dinyatakan tidak berlaku lagi dan sebagai gantinya adalah UUD 1945. jadi UUD yang berlaku di Indonesia sejak 5 Juli 1959 hingga sekarang adalah UUD 1945. Tata hukum yang berlaku pada masa ini adalah tata hukum yang terdiri dari segala peraturan yang berlaku pada masa 1950-1959 dan yang dinyatakan masih berlaku berdasarkan ketentuan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 ditambah dengan berbagai peraturan yang dibentuk setelah Dekrit Presiden 5 Juli 1959 itu.

Dalam rangka pembangunan hukum perlu lebih ditingkatkan upaya pembauran hukum secara terarah dan terpadu antara lain kodifikasi dan unifikasi bidang-bidang hukum tertentu serta penyusunan perundang-undangan baru yang sangat dibutuhkan untuk dapat mendukung pembangunan di berbagai bidang sesuai dengan tuntutan pembangun-

an yang berkembang dalam masyarakat.

Dalam rangka meningkatkan penegakan hukum perlu terus dimantapkan kedudukan dan peranan badan-badan penegak hukum sesuai dengan tugas dan wewenangnya masing-masing, serta terus ditingkatkan kemampuan dan kewibawaannya dan dibina sikap, perilaku dan keteladanan para penegak hukum sebagai pengayom masyarakat yang jujur, bersih, tegas, dan adil.

Penyuluhan hukum perlu dimantapkan untuk mencapai kadar kesadaran hukum yang tinggi dalam masyarakat, sehingga setiap anggota masyarakat menyadari dan menghayati hak dan kewajibannya sebagai warga negara, dalam rangka tegaknya hukum, keadilan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia, ketertiban, ketenteraman, dan kepastian hukum serta terbentuknya perilaku setiap warga negara Indonesia yang taat pada hukum.

Dalam rangka mewujudkan pemerataan memperoleh keadilan dan perlindungan hukum perlu terus diusahakan agar proses peradilan menjadi lebih sederhana, cepat dan tepat dengan biaya yang terjangkau oleh semua lapisan masyarakat. Sejalan dengan itu perlu lebih dimantapkan penyelenggaraan pemberian bantuan dan konsultasi hukum bagi lapisan masyarakat yang kurang mampu.

Untuk menunjang upaya pembangunan hukum, perlu terus ditingkatkan penyediaan sarana dan prasaran yang diperlukan serta ditingkatkan pendayagunaannya. Dalam usaha pembangunan hukum perlu ditingkatkan langkah-langkah untuk mengembangkan dan menegakkan hak dan kewajiban asasi warga negara dalam rangka mengamalkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

4

HUKUM PIDANA

A. PENGERTIAN HUKUM PIDANA

Menurut Wirjono Prodjodikoro, istilah hukum pidana itu digunakan sejak pendudukan Jepang di Indonesia untuk pengertian *strafrecht* dari bahasa Belanda, dan untuk membedakannya dari istilah hukum perdata untuk pengertian *burgerlijkrecht* atau *privaatrecht* dari bahasa Belanda.[86]

Menurut Sudarto, pidana adalah nestapa yang diberikan oleh negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang (hukum pidana), sengaja agar diberikan sebagai nestapa.[87]

Selanjunya Soedarto menyatakan bahwa sejalan dengan pengertian

---

[86] Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2003, hlm. 1-2.

[87] Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana,* (Bandung: Alumni, 1981), hlm. 109-110. Pemberian nestapa atau penderitaan yang sengaja dikenakan kepada seorang yang melanggar ketentuan undang-undang tidak hanya dimaksudkan untuk memberikan penderitaan, akan tetapi bertujuan agar orang tersebut merasa jera dan membuat pelanggar kembali hidup bermasyarakat sebagi mana layaknya. Lihat: Niniek Suparni, *Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan,* (Jakarta: Sinar Grafika, 1996), hlm. 12. Selain itu, dalam konteks tujuan pemidanaan Menurut H.A. Djazuli, hukuman ditetapkan untuk memperbaiki individu, menjaga masyarakat dan untuk tertib sosial. Bagi Allah sendiri tidaklah akan memadharatkan kepadaNya apabila manusia di bumi ini melakukan kejahatan dan tidak akan memberi manfaat kepada Allah apabila manusia di muka bumi taat kepada-Nya. Lihat: H.A. Djazuli, *Fiqh Jinayah*: *Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*, Jakarta, RajaGrafindo Persada. 1997, hlm. 25.

hukum pidana, maka tidak terlepas dari KUHP yang memuat dua hal pokok, yakni:

1. Memuat pelukisan dari perbuatan-perbuatan orang yang diancam pidana, artinya KUHP memuat syarat-syarat yang harus dipenuhi yang memungkinkan pengadilan menjatuhkan pidana. Jadi di sini seolah-olah negara menyatakan kepada umum dan juga kepada para penegak hukum perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dan siapa yang dapat dipidana.
2. KUHP menetapkan dan mengumumkan reaksi apa yang akan diterima oleh orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu.

Adapun definisi hukum pidana menurut Van Bammelen[88] membagi ke dalam pidana materiel dan pidana formil. Selanjutnya van Bemmelen menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

> "Hukum pidana materiel terdiri atas tindak pidana yang disebut berturut-turut, peraturan umum yang dapat diterapkan terhadap perbuatan itu, dan pidana yang diancamkan terhadap perbuatan itu. Hukum pidana formil mengatur cara bagaimana acara pidana seharusnya dilakukan dan menentukan tata tertib yang harus diperhatikan pada kesempatan itu."

Pada hakikatnya, hukum pidana materiel[89] berisi larangan atau perintah yang jika tidak dipatuhi diancam dengan sanksi. Adapun hukum pidana formil[90] adalah aturan hukum yang mengatur cara menegakkan hukum pidana materil.

Terlepas dari pembagian tersebut, menurut penulis, bahwa hukum pidana adalah kumpulan peraturan yang mengatur perbuatan, baik menyeruh berbuat atau melakukan sesuatu, maupun melarang berbuat atau melakukan sesuatu yang diatur di dalam undang-undang dan peraturan daerah yang diancam dengan sanksi pidana.

B. ASAS-ASAS HUKUM PIDANA

Bidang hukum pidana adalah bidang hukum yang memuat peraturan tentang pelanggaran dan kejahatan serta sanksi yang akan diberikan atas pelanggaran dan kejahatan tersebut. Hukum pidana dibagi ke dalam hukum pidana materiel dan hukum pidana formil. Hukum

[88] Mr. J.M. Van Bammelen, *Hukum Pidana I*, Bandung: Bina Cipta, 1987, hlm. 2 *et seq.*

[89] Menurut penulis bahwa hukum pidana materiel dapat ditemukan di dalam KUHP dan Undang-Undang Pidana Khusus serta peraturan daerah.

[90] Adapun pidana formil, dapat ditemukan di Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

pidana materiel adalah peraturan-peraturan yang menegaskan tentang perbuatan apa yang dapat dikenakan hukuman, siapa yang dapat dihukum dan dengan hukuman apa. Adapun hukum pidana formil adalah peraturan yang mengatur cara-cara untuk menghukum seseorang yang melanggar peraturan dari hukum pidana materiel.[91]

Perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana dan diancam dengan saksi pidana disebut juga dengan delik. Sesuatu perbuatan dikatakan perbuatan pidana dan dapat dikenai sanksi apabila perbuatan tersebut dilarang dalam suatu peraturan perundang-undangan sebagaimana disebutkan dalam Pasal (1) ayat 1 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau dikenal dengan asas legalitas (*legality principle*).[92]

Berikut beberapa asas umum yang ada dalam hukum pidana:[93]

1. Asas legalitas: didasarkan pada adagium *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenale*, asas ini tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, maksudnya yaitu: "tiada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan."
2. Asas teritorialitas: asas yang memberlakukan KUHP bagi semua orang yang melakukan perbuatan pidana di wilayah Indonesia (Pasal 2 dan 3 KUHP).
3. Asas nasional aktif: asas yang memberlakukan KUHP terhadap orang-orang Indonesia yang melakukan perbuatan pidana di luar wilayah Indonesia, disebut juga asas *personalitet*.
4. Asas nasional pasif: asas yang memberlakukan KUHP terhadap siapa pun baik WNI maupun WNA yang melakukan perbuatan pidana di luar wilayah Indonesia.
5. Asas universalitas: asas yang memberlakukan KUHP terhadap perbuatan pidana yang terjadi di luar wilayah Indonesia yang bertujuan untuk merugikan kepentingan internasional.
6. Asas tidak ada hukuman tanpa kesalahan, disebut juga *geen straf zonder schuld*.
7. Asas bahwa apabila ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah peristiwa itu terjadi, maka dipakailah ketentuan yang paling menguntungkan bagi si tersangka.

---

[91] H. Muchsin, *Ikhtisar Hukum Indonesia*, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hlm. 66-67.

[92] *Ibid.*, hlm. 66.

[93] Disarikan dari H. Muchsin, *Ikhtisar Hukum Indonesia*, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hlm. 66-67., Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 69. Lihat juga: Bachsan Mustafa, *Op. cit.*, hlm. 164., A. Siti Soetami, *Op. cit.*, hlm. 68-72., dan KUHP.

8. Asas hapusnya kewenangan menuntut pidana dan menjalankan pidana karena: (a) *nebis in idem* (tidak boleh dituntut dua kali karena perbuatan yang oleh hakim terhadap dirinya telah diadili dengan putusan yang menjadi tetap-Pasal 76 KUHP); (b) kedaluwarsa (Pasal 78 KUHP); (c) matinya terdakwa (Pasal 77 KUHP); (d) pembayaran denda (Pasal 82); (e) grasi, amnesti, dan abolisi.

Dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam matakuliah Hukum Pidana.

C. PERBUATAN PIDANA

1. Pengertian Perbuatan Pidana

Hukum pidana Belanda memakai istilah *strafbaar feit*, kadang-kadang juga *delict* yang berasal dari bahasa Latin, *delictum*. Hukum pidana negara-negara Anglo-Saxon memakai istilah *offense* atau *criminal act* untuk maksud yang sama. Oleh karena KUHP Indonesia bersumber pada WvS Belanda, maka istilah aslinya pun sama yaitu *strafbaar feit*.[94]

Menurut Chairul Chuda,[95] tindak pidana adalah perbuatan atau serangkaian perbuatan yang padanya dilekatkan sanksi pidana. Selanjutnya, menurut Chairul Chuda bahwa dilihat dari istilahnya, hanya sifat-sifat dari perbuatan saja yang meliputi suatu tindak pidana. Adapun sifat-sifat orang yang melakukan tindak pidana tersebut menjadi bagian dari persoalan lain, yaitu pertanggungjawaban pidana.[96]

Menurut Simons[97] yang menyatakan *strafbaar feit* adalah perbuatan yang melawan hukum dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.

Selanjutnya, Van Hammel[98] merumuskan delik (*strafbaar feit*) itu sebagai berikut: *eene wettelijke omschreven menschelijke gedraging, onrechtmatig, strafwaarding en aan schuld te wijten* (kelakukan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan).

Berdasarkan dari pengertian mengenai perbuatan pidana para ahli hukum pidana di atas, maka menurut penulis perbuatan pidana adalah suatu perbuatan yang melanggar perintah untuk melakukan sesuatu, la-

[94] Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta: Jakarta, 1994, hlm. 86.

[95] Chairul Huda, *Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan'*, Jakarta: PrenadaMedia, 2006, hlm. 15.

[96] *Ibid.*

[97] Andi Hamzah. *Op. cit.*, hlm. 69

[98] *Ibid.*, hlm. 88.

rangan untuk tidak melakukan sesuatu secara melawan hukum dengan kesalahan dan diberikan sanksi, baik di dalam undang-undang maupun di dalam peraturan daerah.

2. Unsur-unsur Perbuatan Pidana

Pada hakikatnya, setiap perbuatan pidana harus terdiri dari unsur-unsur lahiriah (fakta) oleh perbuaatan, mengandung kelakukan dan akibat yang ditimbulkan karenannya. Keduanya memunculkan kejadian dalam alam lahir (dunia).[99]

Menurut Moeljatno yang merupakan unsur atau elemen perbuatan pidana adalah :[100]

a. Kelakuan dan akibat (=perbuatan);
b. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan;
c. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana;
d. Unsur melawan hukum yang objektif;
e. Unsur melawan hukum yang subjektif.

Perlu ditekankan lagi bahwa sekalipun dalam rumusan delik tidak terdapat unsur melawan hukum, namun jangan dikira bahwa perbuatan tersebut lalu tidak bersifat melawan hukum. Sebagaimana ternyata di atas, perbuatan tadi sudah demikian wajar sifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu untuk dinyatakan tersendiri.

Sungguh pun demikian setiap tindak pidana yang terdapat di dalam kitab undang-undang hukum pidana itu pada umumnya Menurut Doktrin, unsur-unsur delik atau perbuatan pidana terdiri atas unsur subjektif dan unsur objektif. Terhadap unsur-unsur tersebut dapat diutarakan sebagai berikut:[101]

a. **Unsur subjektif**

   Unsur subjektif adalah unsur yang berasal dari dalam diri pelaku. Asas hukum pidana menyatakan, "*An act does not make a person guilty unless the mind is guilty or actus non facit reum nisi mens sit rea*" (tidak ada hukuman, kalau tidak ada kesalahan). Kesalahan yang dimaksud di sini adalah kesalahan yang diakibatkan oleh kesengajaan (*intention/opzet/dolus*) dan kealpaan (*negligence or schuld*). Pada umumnya para pakar telah menyetujui bahwa "kesengajaan" terdiri atas tiga, yakni:

[99] Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*: Edisi Revisi, Rineka Cipta: Jakarta, 2008, hlm. 64.
[100] Moeljatno, *Op. cit.*, hlm. 69-70.
[101] Leden Marpaung, *Asas - Teori - Praktik Hukum Pidana*, Sinar Grafika: Jakarta, 2005, hlm. 9-10.

1) Kesengajaan sebagai maksud (*oogmerk*);
2) Kesengajaan dengan keinsafan pasti (*opzet als zekerheidsbewustzijn*);
3) Kesengajaan keinsafan dengan keinsafan akan kemungkinan (*dolus evantualis*);

Adapun kealpaan terdiri dari dua, yakni:
1) Tak berhati-hati;
2) Dapat menduga akibat perbuatan itu.

b. **Unsur objektif**

Unsur objektif merupakan unsur dari luar diri pelaku yang terdiri atas:

1) Perbuatan manusia, berupa:
   - *act*, yakni perbuatan aktif atau perbuatan positif;
   - *omission*, yakni perbuatan pasif atau perbuatan negatif, yaitu perbuatan yang mendiamkan atau membiarkan.
2) Akibat (*result*) perbuatan manusia.
   Akibat tersebut membahayakan atau merusak, bahkan menghilangkan kepentingan-kepentinganyang dilindungi oleh hukum, misalnya nyawa, badan, kemerdekaan, kehormatan, dan sebagainya.
3) Keadaan-keadaan (*circumstances*).
   Pada umumnya, keadaan tersebut dibedakan antara lain:
   - keadaan pada saat perbuatan dilakukan;
   - keadaan setelah perbuatan dilakukan.
4) Sifat dapat dihukum dan sifat melawan hukum.
   Sifat dapat dihukum berkenaan dengan alasan yang membebaskan si pelaku dari hukuman. Adapun sifat melawan hukum adalah perbuatan itu bertentangan dengan hukum, yakni berkenaan dengan larangan atau perintah melakukan sesuatu.

Menurut Satochid Kartanegara unsur delik terdiri atas unsur objektif dan unsur subjektif. Unsur yang objektif adalah unsur yang terdapat di luar diri manusia, yaitu berupa:[102]

- suatu tindakan;
- suatu akibat; dan
- keadaan (*omstandigheid*).

Selanjutnya Satochid menyatakan kesemuanya itu dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang. Adapun unsur subjektif

[102] Leden Marpaung, *Ibid.*

adalah unsur-unsur dari perbuatan yakni:

a. Kemampuan dapat dipertanggungjawabkan (*toerekeningsvatbaarheid*);
b. Kesalahan (*schuld*).[103]

Menurut Lamintang,[104] unsur delik terdiri atas dua macam, yakni unsur subjektif dan unsur objektif. Selanjutnya Lamintang menyatakan:

> "Yang dimaksud dengan unsur-unsur subjektif itu adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku, dan termasuk ke dalamnya yaitu segala yang terkandung di dalam hatinya. Adapun yang dimaksud dengan unsur-unsur objektif itu adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan."

Unsur-unsur subjektif dari sesuatu tindak pidana, yaitu:

a. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus atau culpa*);
b. Maksud atau *voornemen* pada suatu percobaan atau *poging* seperti yang dimaksud di dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP;
c. Macam-macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain;
d. Merencanakan terlebih dahulu atau *voorbedachte raad* seperti yang misalnya yang terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut Pasal 340 KUHP;
e. Perasaan takut atau *vrees* seperti yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut Pasal 308 KUHP.

Unsur-unsur objektif dari suatu tindak pidana, sebagai berikut:

a. Sifat melawan hukum atau *wederechtelijk*;
b. Kualitas dari si pelaku, misalnya keadaan sebagai seorang pegawai negeri dalam kejahatan menurut Pasal 415 KUHP atau keadaan sebagai pengurus suatu perseroan terbatas, dalam kejahatan menurut Pasal 398 KUHP;
c. Kualitas, yakni hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan suatu kenyataan sebagai akibat.

Berangkat dari apa yang telah dijelaskan di atas, meskipun di antara

[103] Satochid Kartanegara, *Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah*, Balai Lektur Mahasiswa, Tanpa Tahun, hlm. 184-186.

[104] Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti: Bandung, 1997, hlm. 184.

satu sama lainya secara berbeda-beda pendapat dalam merumuskan unsur-unsur perbuatan pidana. Maka menurut hemat penulis seluruh unsur delik tersebut merupakan satu kesatuan. Salah satu unsur tidak terbukti dan unsur yang paling urgen untuk perbuatan pidana (ditilik dari sudut objektif) menurut Apeldoorn[105] adalah sifat melawan hukumnya. Jika tidak terbukti maka tak ada perbuatan pidana. Menurut penulis menyebabkan terdakwa harus dibebaskan. Selanjutnya, mencermati pendapat dari pendapat Satochid dan Lamintang tentang unsur-unsur delik di atas, maka pendapat Satochid yang memasukkan *toerekeningsvatbaarheid* sebagai unsur subjektif kurang tepat. Hal ini karena tidak semua *toerekeningsvatbaarheid* bersumber dari diri si pelaku, namun antara lain dapat bersumber dari *overmacht* atau *ambttelijk bevel* (pelaksanaan perintah jabatan). Adapun pendapat Lamintang, yang menjelaskan bahwa unsur subjektif adalah unsur yang melekat pada diri si pelaku adalah tepat, tetapi apa yang disebutkan pada butir 2, 3, dan 4 unsur subjektif, pada hakikatnya menurut penulis termasuk "kesengajaan" pula.

3. Macam-macam Perbuatan Pidana

Dalam hukum pidana dikenal delik formil dan materiel. Delik formil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada perbuatan yang dilarang atau dengan kata lain melawan undang-undang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang di sini rumusan dari perbuatan jelas. Misalnya Pasal 362 tentang pencurian. Adapun delik materiel adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada akibat yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang. Dengan kata lain, hanya disebut rumusan dari akibat perbuatan. Misalnya Pasal 338 tentang pembunuhan.[106]

Selain delik formil dan delik materiel yang seperti yang disebutkan di atas, di dalam KUHP itu, masih dikenal pembagian delik menurut rumusan yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang, yaitu:[107]

a. *Doleuse delicten* dan *culpose delicten*;
   - *Doleuse delicten* adalah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan sengaja. Rumusan undang-undang menggunakan kalimat *opzettelijk*, akan tetapi juga dikenal sebagai perbuatan yang dilakukan karena *dolus* atau *op-*

[105] Apeldoorn, *Op. cit.,* .hlm. 326
[106] Ledeng Marpaung, *Op. cit.*, hlm. 8
[107] Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia: Jakarta, 1994, hlm. 99-102.

zet, seperti misalnya 338 KUHP.

- *Culpose delicten,* adalah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan kealpaan, atau *nalatigheid* atau *nachtzammheid*. Rumusan undang-undang mempergunakan kalimat schuld, seperti misalnya Pasal 359.

b. *Formeele delicten* dan *materiele delicten*;
   - *Formeele delicten*, adalah ialah rumusan undang-undang yang menitikberatkan kelakuan yang dilarang dan diancam oleh undang-undang, seperti misalnya Pasal 362 KUHP tentang pencurian.
   - *Materiele delicten*, ialah rumusan undang-undang yang menitikberatkan akibat yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang, seperti misalnya pasal 35 KUHP tentang penganiayaan.
c. *Commisie delicten* dan *ommisie delicten*;
   - *Commisie delicten*, adalah delik yang terjadi karena perbuatan seseorang, yang melanggar larangan untuk melakukan sesuatu.
   - *Ommisie delicten*, adalah terjadi karena sseseorang tidak berbuat sesuatu atau melanggar apa yang menjadi sebuah perintah.
d. *Zelfstandige delicten* dan *voorgezette delicten*;
   - *Zelfstandige delicten*, adalah delik yang berdiri sendiri yang terdiri atas satu perbuatan tertentu.
   - *Voorgezette delicten*, adalah delik yang terdiri atas beberapa perbuatan berlanjut.
e. *Aflopende delicten* dan *voordurende delicten*;
   - *Aflopende delicten,* adalah delik-delik yang terdiri atas kelakuan untuk berbuat atau tidak berbuat dan delik telah selesai ketika dilakukan, seperti misalnya pasal pembunuhan, penghasutan.
   - *Voordurende delicten,* adalah delik yang terdiri atas melangsungkan atau membiarkan suatu keadaan yang terlarang, walaupun keadaan itu pada mulanya ditimbulkan untuk sekali perbuatan. Misalnya Pasal 221 tentang menyembunyikan orang jahat, Pasal 250 tentang mempunyai persediaan bahan untuk memalsukan mata uang.
f. *Enkelvoudige delicten* dan *semengestelde delicten*;
   - *Enkelvoudige delicten* mempunyai arti yang hampir mirip dengan *aflopende delicten*, yaitu delik yang selesai dengan suatu kelakuan.
   - *Semengestelde delicten*, adalah delik yang terdiri atas lebih dari satu perbuatan. Ada juga menyebut dengan *collective delict*.

Delik ini pada umumnya menyangkut kejahatan karena mata pencaharian atau karena kebiasaan atau karena pekerjaan, misalnya Pasal 480-481 tentang Penadahan, Pasal 512-512a tentang melakukan pekerjaan harus dengan kewenangan untuk pekerjaan itu atau praktik dokter tanpa izin, dan beberapa golongan *bedrijfsdelicten* atau *beroepsdelictenn*, yaitu Pasal 295, 296, 299, dan Pasal 303 mengenai kejahatan memudahkan perbuatan cabul, memberikan obat untuk pengguguran kandungan dan perjudian.

g. *Eenvoudige delicten*, dan *gequalificeerde delicten*;
   - *Eenvoudige delicten,* adalah delik biasa, yang dilawankan dengan *gekwalificeerde delicten*, yaitu delik yang mempunyai bentuk pokok yang disertai unsur yang meringankan.
   - *Gequalificeerde delicten* antara lain tersebut dalam Pasal 362 sebagai *eenvoudige delict* menjadi bentuk Pasal 363 dengan disertai pemberatan pidana karena adanya syarat-syarat tertentu. Demikian juga Pasal 365 terhadap Pasal 362, Pasal 374 terhadap Pasal 372, Pasal 264 terhadap pasal yang terdahulu mengatur pemberatan dari pasal yang kemudian. Selanjutnya *geprivilegieerde delicten* antara lain tersebut dalam Pasal 341 lebih ringan daripada Pasal 340 dan 339, Pasal 308 lebih ringan daripada Pasal 305 dan 306 dan lain sebagainya.

h. *Politieke delicten* dan *commune delicten*;
   - *Politieke delicten*, adalah delik yang dilakukan karena adanya unsur politik, yang dapat dibedakan menjadi:
     1) *Zuivere politieke delicten*, yang merupakan kejahatan *hoogverrad* dan *landverrad* sebagaimana diatur dalam Pasal 104-110 (penghianatan interen) dan Pasal 121, 124, 126 (penghianatan ekstern);
     2) *Gemengde politieke delicten*, yang merupakan pencurian terhadap dokumen negara; dan
     3) *Connexe politieke delicten*, yang merupakan kejahatan menyembunyikan senjata.
   - *Commune delicten*, adalah delik yang ditujukan kepada kejahatan yang tidak termasuk keamanan negara, misalnya penggelapan, pencurian, dan lain sebagainya.

i. *Delicta propia* dan *commune delicten*;
   - *Delicta propia,* adalah delik yang dilakukan hanya orang tertentu karena kualitas, misalnya delik jabatan dan delik militer.
   - *Commune delicten*, adalah delik yang dapat dilakukan oleh seti-

ap orang pada umumnya.

j. Delik yang ditentukan menurut kepentingan hukum yang dilindungi. Misalnya delik aduan, delik harta kekayaan, dan lain-lain.

D. KESALAHAN

Prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi berarti bahwa hanya orang yang bersalah saja yang dapat dikenakan pidana. Pasal 6 Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan:

> Ayat (1)
> Tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan Pengadilan selain daripada yang ditentukan oleh undang-undang.
>
> Ayat (2)
> Tidak seorang pun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggung jawab, telah bersalah atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya.

Berdasar Pasal 6 tersebut, maka dapat dikatakan bahwa untuk adanya pemidanaan harus ada kesalahan pada si pembuat/pelaku. Membicarakan unsur kesalahan dalam hukum pidana, maka harus melihat hubungannya dengan kebebasan kehendak. Mengenai hubungan antara kebebasan kehendak dengan ada atau tidaknya kesalahan, ada tiga pendapat yaitu:

a. Indeterminis. Pada dasarnya berpendapat bahwa manusia mempunyai kehendak bebas dan hal ini merupakan sebab dari segala keputusan kehendak. Tanpa ada kebebasan kehendak, maka tidak ada kesalahan, apabila tidak ada kesalahan maka tidak ada pencelaan sehingga juga tidak ada pemidanaan;
b. Determinis. Berpendapat bahwa pada dasarnya manusia tidak mempunyai kehendak bebas. Keputusan kehendak ditentukan sepenuhnya oleh watak (dalam arti nafsu-nafsu manusia dalam hubungan kekuatan satu sama lain) dan motif-motif yaitu perangsang-perangsang yang datang dari dalam atau dari luar manusia yang mengaktifkan watak tersebut. Hal ini berarti bahwa seseorang tidak dapat dicela atas perbuatannya atau dipersalahkan, karena ia tidak mempunyai kehendak bebas. Walaupun tidak mempunyai kehendak bebas, hal ini tidak berarti orang yang melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya. Hal

ini karena justru dengan tidak adanya kebebasan kehendak, maka ada pertanggungjawaban dari seseorang atas perbuatannya. Tetapi reaksi atas perbuatan yang dilakukan tersebut berupa tindakan untuk ketertiban masyarakat dan bukan sanksi pidana dalam arti penderitaan.

c. Golongan ini berpendapat bahwa ada atau tidaknya kebebasan kehendak manusia untuk hukum pidana tidak menjadi soal, karena kesalahan seseorang tidak dihubungkan dengan ada atau tidaknya kehendak bebas.

Sebagai salah satu unsur dalam pemidanaan, kesalahan terdiri atas beberapa unsur, yaitu:

a. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada pelaku. Hal ini berarti keadaan jiwa pelaku harus normal. Apakah orang tersebut (pelaku) menjadi "*norm addresat*" yang mampu;
b. Hubungan batin antara si pelaku dengan perbuatannya, baik berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*);
c. Tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak adanya alasan pemaaf. Meskipun unsur a dan b di atas ada, kemungkinan ada keadaan yang memengaruhi si pelaku/pembuat sehingga kesalahannya menjadi hapus, misalnya dengan adanya kelampauan batas pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat [2] KUHP).

Untuk adanya kesalahan dalam arti seluas-luasnya, maka harus dinyatakan terlebih dahulu bahwa perbuatan si pelaku/pembuat bersifat melawan hukum.

Membahas hukum pidana dengan segala aspeknya selalu menarik, berhubung sifat dan fungsinya yang istimewa. Hukum pidana sering dikatakan memotong dagingnya sendiri serta mempunyai fungsi ganda yaitu sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang rasional dan sebagai sarana kontrol sosial sebagaimana dilaksanakan secara spontan atau dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya.

Sudarto berpendapat bahwa pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Adapun Roeslan Saleh menyatakan bahwa pidana adalah reaksi atas delik dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik.[108]

[108] Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni,1984, hlm. 2.

E. DASAR PENIADAAN PIDANA, PENUNTUTAN, DAN PELAKSANAAN PIDANA

Berikut ini akan diuraikan alasan-alasan yang dimuat dalam perundang-undangan untuk hapusnya hak penuntutan.

1. Adanya Suatu Putusan yang Telah Berkekuatan Hukum Tetap

Hal ini diatur dalam Pasal 76 KUHP yang berbunyi:

> "Kecuali dalam hal putusan hakim dapat diubah, orang tidak dapat dituntut sekali lagi karena perbuatan yang baginya telah diputuskan oleh hakim di Indonesia dengan putusan yang telah tetap."[109]

Ketentuan pasal ini dimaksudkan guna memberikan kepastian kepada masyarakat maupun kepada setiap individu agar menghormati putusan tersebut. Prinsip yang dimuat dalam Pasal 76 KUHP tersebut dikenal dengan *ne bis in idem*, yang artinya tidak boleh suatu perkara yang sama yang sudah diputus, diperiksa, dan diputus lagi untuk kedua kalinya oleh pengadilan.

Dahulu, pada Reglemen Indonesia yang Diperbarui (RIB/HIR) digunakan istilah "adanya suatu putusan yang tidak dapat diubah lagi". Setelah berlakunya KUHAP (Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981), istilah tersebut menjadi "adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap".

Apabila putusan telah berkuatan hukum tetap, upaya hukum tidak dapat digunakan lagi. Putusan yang telah berkuatan hukum tetap tersebut, dapat berupa:

a. Putusan bebas
b. Putusan lepas dari segala tuntutan hukum
c. Putusan tidak dapat menerima penuntut umum
d. Putusan pemindanaan.

Putusan-putusan di atas mengenai penjatuhan putusan tentang delik (pelanggaran pidana) yang telah didakwakan. Berbeda dengan keputusan atau penyertaan hakim dalam hal:

a. Pengadilan tidak berkompeten (berkuasa) untuk mengadili;
b. Pembatalan surat dakwaan;
c. Tuntutan pidana tak dapat diterima.

[109] *Ibid.*

Penerapan *ne bis in idem* yang tepat dapat terlaksana jika pengertian "perbuatan" diterapkan dengan tepat. Pada penanganan suatu perkara, perlu dicermati apakah perbuatan tersangka atau terdakwa tersebut telah dapat diadili? Jika tersangka atau terdakwa pernah diadili, perlu dicermati lagi apakah perbuatannya *concursus idealis* atau *concursus realis*. Misalnya:

> "A telah dipidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dalam perbuatan pemerkosaan terhadap diri seorang perempuan bernama R. Akan tetapi, A belum pernah diadili oleh pengadilan atas perbuatannya memperkosa diri seorang perempuan bernama S. Dari contoh di atas, diharapkan agar aparat penegak hukum, khususnya penyidik, lebih cermat terhadap pengertian perbuatan."[110]

2. Kematian Orang yang Melakukan Delik

Hal ini diatur dalam Pasal 77 KUHP yang berbunyi:

> "Hak menuntut hilang oleh karena meninggalnya si tersangka."

Ketentuan ini dilandasi dasar pemidanaan, yakni bahwa hukuman ditujukan kepada pribadi orang yang melakukan delik. Dengan demikian, apabila orang yang melakukan delik telah meninggal, tidak ada lagi penuntutan bagi perbuatan yang telah dilakukannya.

3. Daluwarsa

Hal ini diatur dalam Pasal 78 KUHP yang berbunyi:

> "(1) Hak untuk penuntutan pidana hapus karena daluwarsa:
> 1e. dalam satu tahun bagi semua pelanggaran dan bagi kejahatan yang dilakukan dengan percetakan;
> 2e. dalam enam tahun bagi kejahatan-kejahatan yang diancam dengan denda, hukuman kurungan atau hukuman penjara, yang lamanya tidak lebih dari tiga tahun;
> 3e. dalam dua belas tahun bagi semua kejahatan yang diancam dengan hukuman penjara sementara yang lamanya lebih dari tiga tahun;
> 4e. dalam delapan belas tahun bagi semua kejahatan, yang diancam dengan hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup.
> (2) Untuk orang, yang sebelum melakukan perbuatan itu umurnya belum cukup delapan belas tahun, tenggang daluwarsa yang tersebut di atas itu, dikurangi sepertiga."

Dasar penghapusan hak penuntutan pidana itu adalah bahwa de-

[110] *Ibid.*, hlm. 101.

ngan berlalunya waktu yang agak lama, ingatan akan kejadian yang ada telah hilang sehingga kemungkinan pembuktiannya menjadi rumit bahkan alat bukti kemungkinan telah lenyap.

Kapan mulai diperhitungkan daluwarsa hak penuntutan pidana tersebut? Hal ini ditentukan dalam Pasal 79 KUHP yang berbunyi antara lain:

> "Tenggang daluwarsa mulai berlaku pada hari sesudah perbuatan dilakukan, kecuali dalam hal-hal berikut:
> 1. Mengenai pemalsuan atau perusakan mata uang, tanggang mulai berlaku pada hari sesudah barang yang dipalsu atau mata uang yang dirusak digunakan.
> 2. Mengenai kejahatan dalam Pasal-pasal 328, 329, 330, dan 333, tenggang dimulai pada hari sesudah orang yang langsung terkena oleh kejahatan dibebaskan atau meninggal dunia.
> 3. Mengenai pelanggaran dalam Pasal 556 sampai dengan Pasal 558a. tenggang dimulai pada hari sesudah daftar-daftar yang memuat pelanggaran-pelanggaran itu, menurut aturan-aturan umum yang menentukan bahwa register-register catatan sipil harus dipindah ke kantor panitera suatu pengadilan, dipindah ke kantor tersebut.[111]

Akan tetapi, ada penghentian (*stuiting*) terhadap daluwarsa, yakni berdasarkan Pasal 80 KUHP, jika telah dilakukan tindakan penuntutan (*daad van vervolging*), masa daluwarsa mulai dihitung sejak berakhirnya *stuiting*.

Selain dari *stuiting* terhadap masa daluwarsa, penundaan (*schorsing*) penuntutan pidana berhubung dengan adanya perselisihan prayudisial, juga menunda jalannya daluwarsa (Pasal 81 KUHP). Yang dimaksud dengan perselisihan prayudial (*praejudicieel geschil*) adalah adanya suatu perselisihan hukum yang harus lebih dahulu diputus hakim lain sebelum suatu perkara pidana diperiksa di persidangan. Misalnya:

> Seseorang disangka telah melakukan pencurian, namun si tersangka menerangkan bahwa barang tersebut adalah milik istrinya.[112]

Dalam contoh di atas, tentang pemilikan barang, diputuskan oleh hakim perdata. Selama proses perkara perdata tersebut berlangsung, daluwarsa di *schorsing*. Setelah selesai *schorsing*, tenggang waktu daluwarsa dihitung ditambah dengan waktu sebelum adanya tindakan penuntutan. Hal ini diperlukan mengingat penyelesaian perkara perdata memerlukan waktu yang mungkin bertahun-tahun.

[111] Lihat pada pembahasan "Adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, bagian a: putusan bebas."

[112] Laden Marpaung., *Op. cit.*, hlm. 102.

4. Penyelesaian Perkara di Luar Persidangan

Hal ini diatur dalam Pasal 82 ayat (1) KUHP yang berbunyi antara lain:

> "Hak penuntutan pidana karena pelanggaran, yang atasnya tidak ditentukan hukuman pokok lain daripada denda, hilang kalau dengan rela hati sudah dibayar maksimum denda serta juga biaya perkara ..."[113]

Ketentuan di atas secara rasional adalah hal yang logis demi efisiensi. Hal ini diatur demikian untuk memberi kepastian hukum bagi pelaku pelanggaran maupun bagi aparat penuntut.

Selain hal di atas, dalam perundang-undangan (bukan KUHP), masih ada ketentuan yang dapat menghapuskan hak penuntutan atas pelaku kejahatan, yakni abolisi dan amnesti. Kedua hal tersebut merupakan hak prerogatif presiden dengan memperhatikan pertimbangan DPR yang diatur dalam Pasal 14 Undang-Undang Dasar 1945 hasil amandemen.

Abolisi adalah penghapusan hak melakukan penuntutan pidana dan menghentikan penuntutan pidana yang telah dimulai. Adapun amnesti adalah pernyataan pengampunan atau penghapusan hukuman kepada umum yang telah melakukan tindak-tindak pidana tertentu.

Baik abolisi maupun amnesti merupakan sarana untuk melindungi kepentingan umum atau untuk mencegah korban yang lebih besar.

F. HAPUSNYA HAK EKSEKUSI

Pada umumnya, setelah adanya putusan yang berkekuatan hukum tetap, jaksa pada kesempatan pertama akan melakukan eksekusi (Pasal 270 KUHP). Akan tetapi, adakalanya jaksa tidak dapat melakukan eksekusi atau hak eksekusi telah habis sehingga putusan yang telah berkekuatan hukum tetapi tidak dapat dilakukan untuk selama-lamanya. Hal ini dapat terjadi karena hal-hal berikut ini.

1. Kematian Terpidana

Doktrin menganut paham bahwa hukuman atau pidana dijatuhkan semata-mata terhadap pribadi terpidana atau si terhukum, karenannya tidak dapat dibebankan kepada ahli waris. Dengan demikian, jika terpidana meninggal dunia, hak eksekusi tidak dapat dilakukan.

Terhadap ketentuan di atas, dahulu ada pengecualian yang dimuat dalam Pasal 368 HIR yang berbunyi sebagai berikut:

[113] *Ibid.*

> "Jika orang yang melakukan pelanggaran pidana telah meninggal setelah putusan hakim yang tidak dapat diubah lagi, maka dalam perkara-perkara pelanggaran peraturan pajak dan cukai, semua denda dan perampasan serta biaya-biayanya ditagih dari ahli-ahli waris atau wakil-wakil orang yang meninggal itu."[114]

Akan tetapi, ketentuan di atas tidak dianut oleh KUHAP. Sebaiknya dalam rangka penyempurnaan KUHAP, hal tersebut perlu mendapat perhatian.

2. Daluwarsa

Ketentuan tentang daluwarsa hak eksekusi dimuat dalam Pasal 84 KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

(1) Hak menjalankan hukuman hilang karena daluwarsa
(2) Tenggang daluwarsa ini untuk pelanggaran-pelanggaran, lamanya dua tahun, untuk kejahatan yang dilakukan dengan alat percetakan, lamanya lima tahun, dan untuk kejahatan lain, lamanya sama dengan telah lebih tenggang daluwarsa hak menuntut pidana, ditambah sepertiga.
(3) Tenggang daluwarsa ini sekali-kali tidak boleh kurang dari lamanya hukuman yang telah dijatuhkan.
(4) Hak menjalankan hukuman mati tidak kena daluwarsa

Berkenaan dengan Pasal 84 ayat (3) KUHP, menjadi kabur jika terpidana dijatuhkan hukuman seumur hidup. Seyogianya hal ini termasuk ayat (4).

3. Grasi

Ketentuan tentang grasi dimuat dalam Pasal 14 UUD 1945. Pengertian grasi adalah wewenang dari kepala negara untuk menghapuskan seluruh hukuman yang telah dijatuhkan hakim atau mengurangi hukuman, atau menukar hukuman pokok yang berat dengan suatu hukuman yang lebih ringan.

Dahulu, grasi ini merupakan hak raja sehingga dianggap sebagai anugerah raja. Akan tetapi, pada saat ini grasi merupakan suatu alat untuk menghapuskan sesuatu yang dirasakan tidak adil jika hukum yang berlaku menimbulkan kekurangadilan.

Perihal grasi ini sekarang diatur oleh Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2002 tentang Grasi yang menggantikan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1950 tentang Permohonan Grasi.[115]

[114] *Ibid.*, hlm. 103.
[115] *Ibid.*, hlm. 103-104.

G. PANDANGAN ISLAM TENTANG HUKUM PIDANA

Jiwa manusia dan darahnya adalah perkara yang sangat dijaga dalam syariat Islam. Demikian juga, kegunaan dan fungsi anggota tubuh pun tidak lepas dari penjagaan syariat. Semua ini untuk kemaslahatan manusia dan kelangsungan hidup mereka, sebagaimana firman Allah *Subhanahu wa Ta'ala*,

وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تتَّقُونَ

Dan dalam qisas itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, wahai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa. (QS. *al-Baqarah*: 179)

Hal ini semakin tampak jelas sekali dalam banyak ayat dan Hadis nabawi dengan adanya larangan Allah *Subhanahu wa Ta'ala* dan Rasul-Nya terhadap pembunuhan. Firman Allah *Subhanahu wa Ta'ala*,

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu, dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku, dengan suka sama suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya, Allah adalah Maha Penyayang kepadamu. (QS. *an-Nisaa'*: 29)

Juga, firman Allah *Subhanahu wa Ta'ala*,

وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا

Dan barangsiapa yang membunuh seorang mukmin dengan sengaja maka balasannya ialah Jahannam. Ia kekal di dalamnya. Allah pun murka kepadanya, serta mengutuknya dan menyediakan azab yang besar baginya. (QS. *an-Nisaa'*: 93)

Adapun dari sunnah Rasulullah *shallallahu 'alaihi wa sallam*, yaitu:

Dari Abu Hurairah radhiyallahu 'anhu, bahwa Rasulullah *shallallahu 'alaihi wa sallam* bersabda, "Hendaklah kalian menjauhi tujuh perkara yang membinasakan." Ada yang bertanya, "Wahai Rasulullah, apa saja itu?" Jawab beliau, "Menyekutukan Allah, sihir, membunuh jiwa yang telah Allah haramkan (membunuhnya) kecuali dengan cara yang haq, memakan harta benda anak yatim, memakan riba, berpaling pada waktu menyerang musuh (desersi), dan menuduh (berzina) perempuan-perempuan mukmin yang tidak tahu-menahu (tentang itu)."

Hadis dari Abdullah bin Umar bin Khaththab *radhiyallahu 'anhuma* bah-

wa Rasulullah *shallallahu 'alaihi wa sallam* bersabda,

> "Bagi Allah, lenyapnya dunia jauh lebih ringan daripada membunuh seorang muslim."

Dari Abu Sa'id al-Khudri radhiyallahu 'anhu dan Abu Hurairah *radhiyallahu 'anhu,* dari Rasulullah *shallallahu 'alaihi wa sallam,* beliau bersabda (yang artinya),

> "Andai kata segenap penghuni langit dan penghuni bumi bersekongkol menumpahkan darah seorang mukmin, niscaya Allah akan menjebloskan mereka ke dalam api neraka."

Dari Abdullah bin Mas'ud *radhiyallahu 'anhu* bahwa Nabi *shallallahu 'alaihi wa sallam* bersabda,

> "Perkara yang pertama kali diputuskan di antara manusia (oleh Allah kelak) ialah kasus pembunuhan."

Dari Abdullah bin Mas'ud *radhiyallahu 'anhu* bahwa Rasulullah *shallallahu 'alaihi wa sallam* bersabda,

> "Ada seorang laki-laki datang dengan memegang tangan laki-laki lain, lalu berkata, 'Wahai *Rabb*-ku, orang ini telah berusaha membunuhku.' Kemudian Allah bertanya kepadanya, 'Mengapa engkau berusaha membunuhnya?' Maka orang yang telah berusaha membunuhnya itu menjawab, 'Aku membunuhnya supaya kemuliaan menjadi milik-Mu semata.' Kemudian Allah menjawab, 'Maka (kalau begitu), itu untuk-Ku semata.' Kemudian datang (lagi) seorang laki-laki (lain) sambil memegang tangan laki-laki juga, lalu ia berkata, '(Wahai *Rabb*-ku), orang ini telah membunuhku.' Lalu tanya Allah kepadanya, 'Mengapa engkau membunuhnya?' Jawabnya, 'Supaya kemuliaan ini menjadi milik si fulan.' Maka firman Allah, 'Sesungguhnya kemuliaan bukanlah milik si fulan.' Maka laki-laki yang berusaha itu pulang dengan membawa dosanya."

Demikian juga, kaum Muslimin berijma' (bersepakat) atas hal ini. Oleh karena itu, syariat Islam memberikan hukuman dan balasan terhadap para pelaku pembunuhan dan penganiayaan terhadap tubuh manusia, dan hal ini dikenal dengan nama "fikih jinayat".

1. Definisi Jinayat

Kata "jinayat", menurut bahasa Arab, adalah bentuk jamak dari kata "jinayah", yang berasal dari "*jana dzanba, yajnihi jinayatan*" yang berarti melakukan dosa.

Sekalipun merupakan isim mashdar (kata dasar), tetapi kata "ji-

nayat" dipakai dalam bentuk jamak, karena ia mencakup banyak jenis perbuatan dosa, karena ia kadang mengenai jiwa dan anggota badan, secara disengaja ataupun tidak. Kata ini juga berarti menganiaya badan, harta, atau kehormatan.

Adapun menurut istilah syariat, jinayat (tindak pidana) artinya menganiaya badan sehingga pelakunya wajib dijatuhi hukuman qisas, atau membayar diyat atau kafarah.

2. Hukum Pembunuh dan Penganiaya

Pembunuh dan penganiaya badan manusia dihukumi sebagai orang fasik, karena melaksanakan satu dosa besar. Hukumnya di akhirat dikembalikan kepada Allah *Subhanahu wa Ta'ala*, apabila Allah Swt. hendak mengazabnya maka ia akan diazab, dan bila Allah mengampuninya maka ia diampuni. Hal ini termasuk dalam firman Allah Swt.,

إِنَّ اللَّهَ لا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدِ افْتَرَى إِثْمًا عَظِيمًا

Sesungguhnya Allah tidak akan mengampuni dosa syirik, dan Dia mengampuni segala dosa yang selain dari (syirik) itu, bagi siapa yang dikehendaki-Nya. Barangsiapa yang mempersekutukan Allah, maka sungguh ia telah berbuat dosa yang besar. (QS. *an-Nisaa'*: 48)

Ini bila ia tidak bertobat sebelum meninggal dunia. Apabila ia telah bertobat, maka tobatnya diterima, dengan dasar firman Allah Swt.,

قُلْ يَا عِبَادِيَ الَّذِينَ أَسْرَفُوا عَلَى أَنْفُسِهِمْ لا تَقْنَطُوا مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا إِنَّهُ هُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ

Katakanlah, "Wahai hamba-hamba-Ku yang melampaui batas terhadap diri mereka sendiri, janganlah kamu berputus asa dari rahmat Allah. Sesungguhnya Allah mengampuni dosa-dosa, semuanya. Sesungguhnya Dia-lah Yang Maha Pengampun lagi Maha Penyayang." (QS. *az-Zumar*: 53)

Namun, di akhirat, hak korban yang terbunuh (al-maqtul) tidak gugur darinya dengan sekadar tobat. Akan tetapi, korban tersebut akan mengambil kebaikan dan pahala pembunuh tersebut sesuai dengan ukuran kezalimannya, atau Allah Swt. yang memberikannya dari sisinya. Hak korban juga tidak gugur dengan qisas, karena qisas adalah hak keluarga dan kerabat korban (*auliya' al-maqtul*).

Syekh Ibnu Utsaimin *rahimahullah* menyatakan, "Pembunuhan dengan sengaja, berhubungan dengan tiga hak:

a. Hak Allah, dan ini akan terhapus dengan tobat.
b. Hak *auliya' al-maqtul*, dan ini gugur dengan menyerahkan diri kepada mereka.
c. Hak *al-maqtul* (korban). Ini tidak gugur, karena korban telah mati dan hilang. Namun, apakah kebaikan pembunuh akan diambil (di akhirat) atau Allah Swt., dengan keutamaan dan kemurahan-Nya akan menanggungnya? Yang benar adalah, Allah dengan keutamaannya akan bertanggung jawab, apabila si pembunuh tersebut jelas kebenaran dan kejujuran tobatnya.

Pendapat ini pun dikuatkan oleh Ibnu al-Qayyim dalam penuturan beliau, "Yang benar adalah, bahwa pembunuhan berhubungan dengan tiga hak: hal Allah, hak korban (*al-maqtul*), serta hak keluarga dan kerabat korban (*auliya' al-maqtul*)."

Apabila pembunuh telah menyerahkan diri dengan suka rela, dengan menyesalinya dan takut kepada Allah, serta bertobat dengan tobat nashuha, maka hak Allah *Subhanahu wa Ta'ala* gugur dengan tobat si pembunuh, dan hak *auliya' al-maqtul* gugur dengan menunaikan qisas secara sempurna, dengan jalan perdamaian, atau dimaafkan.

Akan tetapi, masih tersisa hak korban. Allah yang akan menggantinya di hari kiamat dari hamba-Nya yang bertobat, dan Allah pun memperbaiki hubungan keduanya.

3. Klasifikasi Jinayat (Tindak Pidana)

Jinayat (tindak pidana) terhadap badan terbagi dalam dua jenis, yaitu jinayat terhadap jiwa (*jinayat an-nafsi*) dan jinayat kepada badan selain jiwa (*jinayat duna an-nafsi/al-athraf*).

Jinayat terhadap jiwa (*jinayat an-nafsi*) adalah jinayat yang mengakibatkan hilangnya nyawa (pembunuhan). Pembunuhan jenis ini terbagi menjadi tiga. *Pertama*, pembunuhan dengan sengaja (*al-'amd*), Yang dimaksud pembunuhan dengan sengaja ialah seorang mukalaf secara sengaja (dan terencana) membunuh orang yang terlindungi darahnya dengan cara dan alat yang biasanya dapat membunuh.

Kedua, pembunuhan yang mirip dengan sengaja (*syibhu al-'amdi*). Ini tidak termasuk sengaja dan tidak juga karena keliru (*al-khatha'*), tetapi pertengahan di antara keduanya. Seandainya kita melihat kepada niat kesengajaan untuk membunuhnya, maka ia termasuk dalam pembunuhan dengan sengaja. Namun, bila kita melihat jenis perbuatannya tersebut yaitu tidak membunuh, maka kita memasukkannya ke dalam pembunuhan karena keliru (*al-khatha'*). Oleh karenanya, para ulama

memasukkannya ke dalam satu tingkatan di antara keduanya, dan menamakannya *syibhu al-'amdi*. Adapun yang dimaksud *syibhu al-'amdi* (pembunuhan yang mirip dengan sengaja) ialah seorang mukalaf bermaksud membunuh orang yang terlindungi darahnya, dengan cara dan alat yang biasanya tidak membunuh.

Ketiga, pembunuhan karena keliru (*al-khatha'*), yaitu seorang mukalaf melakukan perbuatan yang mubah baginya, seperti memanah binatang buruan atau semisalnya, namun ternyata anak panahnya nyasar mengenai orang hingga meninggal dunia.

Ketiga jenis ini didasarkan kepada penjelasan Al-Qur'an dan as-Sunnah. Dalam Al-Qur'an dijelaskan dua jenis pembunuhan, yaitu pembunuhan sengaja dan tidak sengaja (keliru), seperti dijelaskan dalam firman Allah *Subhanahu wa Ta'ala,*

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا (٩٢) وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا (٩٣)

Dan tidaklah layak bagi seorang mukmin untuk membunuh seorang mukmin (yang lain), kecuali karena tersalah (tidak sengaja). Dan barangsiapa membunuh seorang mumin karena tersalah, (hendaklah) ia memerdekakan seorang hamba sahaya yang beriman serta membayar diyat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh itu), kecuali jika mereka (keluarga terbunuh) bersedekah. Jika ia (si terbunuh) dari kaum yang memusuhimu, padahal ia mukmin, maka (hendaklah si pembunuh) memerdekakan hamba sahaya yang mukmin. Dan jika ia (si terbunuh) dari kaum (kafir) yang ada perjanjian (damai) antara mereka dengan kamu, maka (hendaklah si pembunuh) membayar diyat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh) serta memerdekakan hamba sahaya yang mukmin. Barangsiapa yang tidak memperolehnya, maka hendaklah ia (si pembunuh) berpuasa dua bulan berturut-turut sebagai cara tobat kepada Allah. Dan Allah Maha Mengetahui lagi Mahabijaksana. Dan barangsiapa yang membunuh seorang mukmin dengan sengaja, maka balasannnya ialah Jahannam. Ia kekal di dalamnya. Allah pun murka kepadanya, mengutuknya, serta menyediakan azab yang besar baginya. (QS. *an-Nisaa*': 92–93)

Adapun satunya lagi, yaitu pembunuhan yang mirip dengan sengaja (*syibhu al-'amdi*), dalil tentangnya diambil dari sunnah Nabi *shallallahu 'alaihi wa sallam.* Di antaranya adalah Hadits Abdullah bin 'Amr

radhiyallahu 'anhu dari Rasulullah saw., beliau bersabda,

> "Ketahuilah, bahwa diyat pembunuhan yang mirip dengan sengaja yaitu yang dilakukan dengan cambuk dan tongkat adalah seratus ekor unta. Di antaranya adalah empat puluh ekor yang sedang hamil. "

Jenis kedua, jinayat kepada badan selain jiwa (*jinayat duna an-nafsi/al-athraf*) adalah penganiayaan yang tidak sampai menghilangkan nyawa. Jinayat seperti ini terbagi juga menjadi tiga:

a. Luka-luka
b. Lenyapnya kegunaan anggota tubuh
c. Hilangnya anggota tubuh

Demikianlah fikih jinayat yang mencakup kedua jenis jinayat ini. Dari sini, tampak jelas sekali perhatian Islam terhadap keselamatan jiwa dan anggota tubuh seorang Muslim. Dengan dasar ini, jelaslah kesalahan orang yang dengan mudahnya menumpahkan darah kaum Muslimin.

5

HUKUM PERDATA

A. PENGERTIAN HUKUM PERDATA

Istilah hukum perdata pertama kali diperkenalkan oleh Prof. Djojodiguno sebagai teremahan dari *burgerlijkrecht* pada masa pendudukan jepang. Di samping istilah itu, sinonim hukum perdata adalah *civielrecht* dan *privatrecht.*

Para ahli memberikan batasan hukum perdata, seperti berikut. Van Dunne mengartikan hukum perdata, khususnya pada abad ke-19, adalah:

> Suatu peraturan yang mengatur tentang hal-hal yang sangat esensial bagi kebebasan individu, seperti orang dan keluarganya, hak milik dan perikatan. Adapun hukum publik memberikan jaminan yang minimal bagi kehidupan pribadi.

Pendapat lain yaitu Vollmar, dia mengartikan hukum perdata sebagai berikut:

> Aturan-aturan atau norma-norma yang memberikan pembatasan dan oleh karenanya memberikan perlindungan pada kepentingan perseorangan dalam perbandingan yang tepat antara kepentingan yang satu dengan kepentingan yang lain dari orang-orang dalam suatu masyarakat tertentu terutama yang mengenai hubungan keluarga dan hubungan lalu lintas."

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa pengertian hukum per-

data yang dipaparkan para ahli di atas, kajian utamnya pada pengaturan tentang perlindungan antara orang yang satu degan orang lain, akan tetapi di dalam ilmu hukum subjek hukum bukan hanya orang tetapi badan hukum juga termasuk subjek hukum, jadi untuk pengertian yang lebih sempurna yaitu keseluruhan kaidah-kaidah hukum (baik tertulis maupun tidak tertulis) yang mengatur hubungan antara subjek hukum satu dengan yang lain dalam hubungan kekeluargaan dan di dalam pergaulan kemasyarakatan.

Di dalam hukum perdata terdapat dua kaidah, yaitu:

1. **Kaidah tertulis**, adalah kaidah hukum perdata yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi;
2. **Kaidah tidak tertulis**, adalah kaidah hukum perdata yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat (kebiasaan).

Subjek hukum dibedakan menjadi dua macam, yaitu:

1. **Manusia**. Manusia sama dengan orang karena manusia mempunyai hak-hak subjektif dan kewenangan hukum;
2. **Badan hukum**, adalah kumpulan orang-orang yang mempunyai tujuan tertentu, harta kekayaan, serta hak dan kewajiban.

Subtansi yang diatur dalam hukum perdata antara lain:

1. **Hubungan keluarga**. Dalam hubungan keluarga akan menimbulkan hukum tentang orang dan hukum keluarga;
2. **Pergaulan masyarakat**. Dalam hubungan pergaulan masyarakat akan menimbulkan hukum harta kekayaan, hukum perikatan, dan hukum waris.

Dari berbagai paparan tentang hukum perdata di atas, dapat di temukan unsur-unsurnya yaitu:

1. Adanya kaidah hukum;
2. Mengatur hubungan antara subjek hukum satu dengan yang lain;
3. Bidang hukum yang diatur dalam hukum perdata meliputi hukum orang, hukum keluarga, hukum benda, hukum waris, hukum perikatan, serta hukum pembuktia dan kedaluarsa.[116]

Mengenai definisi hukum perdata, para ahli hukum mengalami *deviation* mengenai definisi dan pemahaman tentang hukum perdata. Menurut:

[116] *Salim, HS, Pengantar Hukum Perdata Tertulis* (*BW*), Sinar Grafika, Jakarta, 2003, *hlm. 7.*

Mr. L.J. Van Apeldorn:

Hukum sipil adalah peraturan-peraturan hukum yang mengatur kepentingan seseorang dan yang pelaksanaannya terserah kepada maunya yang berkepentingan sendiri.[117]

Prof. Mr. E.M. Mejers:

Hukum sipil adalah hukum yang mengatur hak-hak yang diberikan kepada perorangan (individu), yang diserahkan sepenuhnya untuk menetapkan dengan merdeka, apabila ia akan mempergunakan hak-hak itu, sepenuhnya dapat melulu memperhatikan kepentingan sendiri.[118]

Mr. H.J. Hamaker:

Hukum sipil adalah hukum yang pada umumnya berlaku, yaitu yang memuat peraturan-peraturan tentang tingkah laku orang-orang dalam masyarakat pada umumnya.[119]

H.F.A. Vollmar:

Hukum perdata adalah aturan-aturan atau norma-norma yang memberikan pembatasan dan oleh karenanya memberikan perlindungan pada kepentingan-kepentingan perseorangan dalam perbandingan yang tepat antara kepentingan yang satu dan kepentingan yang lain dari orang-orang dalam suatu masyarakat tertentu terutama yang mengenai hubungan keluarga dan hubungan lalu lintas.[120]

Adapun para pakar hukum di Indonesia memiliki pandangannya sendiri, sebagai berikut:

Prof. Subekti, S.H.:

Hukum perdata dalam arti yang luas meliputi semua hukum "privat materiel", yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.[121]

Prof. Soediman Kartohadiprodjo, S.H.:

Hukum perdata (materiel) ialah kesemuanya kaidah hukum yang menentukan dan mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban perdata.[122]

Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, S.H.:

Hukum perdata adalah hukum antar-perorangan yang mengatur hak dan

[117] Komariah, *Hukum Perdata*, Malang: UMM Press, 2002, hlm. 3.
[118] *Ibid.*
[119] *Ibid.*
[120] Titik Triwulan Tutik, *Pengantar Hukum Perdata di Indonesia*, Jakarta: Prestasi Pustakan, 2006, hlm. 2-3.
[121] P.N.H. Simanjuntak, *Pokok-pokok Hukum Perdata Indonesia*, Jakarta: Djambatan, 2009, Hlm. 7.
[122] *Ibid.*

kewajiban perorangan yang satu terhadap yang lain di dalam hubungan keluarga dan di dalam pergaulan masyarakat.[123]

Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H.:

Hukum perdata adalah suatu rangkaian hukum antara orang-orang atau badan hukum yang satu sama lain tentang hak dan kewajiban.[124]

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa hukum perdata adalah rangkaian peraturan hukum yang mengatur hubungan subjek hukum (orang dan badan hukum) yang satu dengan subjek hukum yang lain dengan menitikberatkan pada kepentingan pribadi dari subjek hukum tersebut.[125]

Menurut Titik Triwulan Tutik, hukum perdata terdiri dari beberapa unsur, yaitu:[126]

1. Adanya kaidah hukum tertulis yang terdapat dalam perundang-undangan, traktat dan yurisprudensi;
2. Adanya kaidah hukum tidak tertulis yang timbul, tumbuh dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat (kebiasaan);
3. Mengatur hubungan hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya;
4. Bidang hukum yang diatur dalam hukum perdata meliputi hukum orang, hukum keluarga, hukum benda dan sebagainya.

B. ASAS-ASAS HUKUM PERDATA

Hukum perdata dalam arti luas meliputi semua hukum privat materiel, yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.[127] Dalam literatur lain disebutkan bahwa hukum perdata (*privatrecht*) ialah ketentuan-ketentuan yang mengatur dan membatasi setiap langkah manusia dalam memenuhi kepentingan pribadinya. Paul Scholten mendefinisikan hukum perdata sebagai hukum antara perorangan, hukum yang mengatur hak dan kewajiban perseorangan yang satu terhadap yang lainnya di dalam pergaulan masyarakat dan di dalam hubungan keluarga.[128]

Hukum perdata dibedakan menjadi dua, yaitu hukum perdata formal dan hukum perdata materiel. Hukum perdata materiel mengatur

[123] *Ibid.*
[124] *Ibid.*
[125] Komariah, *Op. cit.,* hlm. 4.
[126] Titik Triwulan Tutik, *Op. cit.*, hlm. 3-4.
[127] Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1995, hlm. 9.
[128] Muchsin, *Op. cit.*, hlm. 56.

kepentingan-kepentingan perdata setiap subjek hukum. Hukum perdata formal berfungsi menerapkan hukum perdata materiel apabila ada yang melanggarnya.[129] Hukum Perdata di Indonesia secara garis besar diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPDT) atau dikenal juga dengan *Burgerlijk Wetboek* (BW). BW terdiri dari dari empat bagian, yaitu Buku I memuat hukum tentang orang, Buku II memuat hukum tentang benda, Buku III memuat hukum tentang perikatan, dan Buku IV memuat hukum tentang pembuktian dan daluwarsa.

Berikut asas-asas yang lazim digunakan dalam hukum perdata:[130]

1. Asas yang melindungi hak-hak asasi manusia: tercantum dalam Pasal 1-3 BW;
2. Asas bahwa setiap orang harus mempunyai nama dan tempat kediaman hukum (*domicile*): tercantum dalam Pasal 5a dan seterusnya BW;
3. Asas perlindungan kepada orang-orang yang tidak cakap untuk melakukan perbuatan hukum (*rechtsonbekwaam*): tercantum dalam Pasal 1330 BW;
4. Asas yang membagi hak manusia ke dalam hak kebendaan dan hak perorang;
5. Asas hak milik itu adalah fungsi sosial: bahwa orang tidak dibenarkan untuk membiarkan atau menggunakan hak miliknya secara merugikan orang atau masyarakat (lihat Pasal 1365 BW);
6. Asas *pacta sunt servanda*: setiap perjanjian itu mengikat para pihak dan harus ditaati dengan iktikad baik (lihat Pasal 1338 BW);
7. Asas kebebasan dalam membuat perjanjian dan persetujuan: sering juga dikenal dengan asas kebebasan berkontrak, setiap orang bebas dalam membuat perjanjian bagiamana pun bentuk dan isinya dengan syarat tidak bertentangan dengan kesusilaan, tertib hukum, dan undang-undang yang berlaku.

Dan masih banyak lagi asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam matakuliah hukum perdata.

C. HUKUM ORANG

Istilah hukum (tentang orang) berasal bahasa Belanda dari terjemahan kata "*personenrecht*". Dalam KUH Perdata tidak ditemukan pengertian tentang hukum orang, sebab itu hanya berdasarkan doktrin

[129] *Ibid.*, hlm. 56-57.

[130] Disarikan dari Dudu Duswara Machmudin, *Op. cit.*, hlm. 147-156., Bachsan Mustafa, *Op. cit.*, hlm. 164., dan BW.

ilmuan hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh Subekti bahwa:[131]

> Hukum orang adalah peraturan tentang manusia sebagai subjek dalam hukum, peraturan-peraturan perihal kecakapan untuk memiliki hak dan kewajiban untuk bertindak sendiri, melaksanakan hak-haknya itu serta hal-hal yang memengaruhi kecakapan itu.

Menurut berbagai pakar pengertian tersebut kurang lengkap, karena pengertian yang dikemukakan di atas hanya merujuk hukum orang dari aspek ruang lingkupnya, yang meliputi subjek hukum, kecakapan hukum dan faktor-faktor yang memengaruhinya.[132] Pengertian secara lebih lengkap dikemukakan oleh Salim H.S. sebagai berikut:[133]

> Hukum orang adalah keseluruhan kaidah hukum yang mengatur tentang subjek hukum dan wewenangnya, kecakapannya, domisili dan catatan sipil.

Definisi terakhir mengandung dua cakupan, yaitu wewenang subjek hukum dan ruang lingkup pengaturan hukum orang. Wewenang pada hakikatnya merupakan hak dan kekuasaan dari seseorang untuk melakukan perbuatan hukum. Wewenang tersebut dapat diklasifikasikan menjadi dua macam, yaitu wewenang untuk mempunyai hak dan wewenang untuk melakukan perbuatan hukum dan faktor-faktor yang memengaruhinya.[134]

Hak menurut Satjipto Raharjo[135] adalah kekuasaan yang diberikan oleh hukum kepada seseorang dengan maksud untuk melindungi kepentingan seseorang tersebut. Hak tersebut merupakan pengalokasian kekuasaan tertentu kepada seseorang untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut.

Bila mengikuti pandangan tersebut di atas, tampak bahwa hanya kekuasaan tertentu saja yang diberikan oleh hukum kepada seseorang dan tidak setiap kekuasaan di dalam masyarakat disebut hak.

Dengan mengacu pada kemungkinan-kemungkinan dimensi kekuasaan yang dikemukakan oleh Soerjono Soekanto[136] sebagai berikut: (1) kekuasaan yang sah dengan kekerasan; (2) kekuasaan yang sah tanpa kekerasan; (3) kekuasaan tidak sah dengan kekerasan; dan (4) kekuasaan tidak sah tanpa kekerasan.

---

[131] Subekti, *Op. cit.*, h.9.
[132] Titik Triwulan Tutik, *Op. cit.*, h.35
[133] Salim H.S., *Op. cit.*, h.19.
[134] Titik Triwulan Tutik, *Op. cit.*, h.36
[135] Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Alumni, 1982), h. 94.
[136] Soerjono Soekanto, *Sosiologi Suatu Pengantar,* (Jakarta: Rajawali Press,1982), h.269.

Maka hanya kekuasaan yang sah yang dapat dimasukkan dalam pengertian "hak" untuk subjek hukum tersebut.

D. SUBJEK HUKUM

Subjek hukum ialah suatu pendukung hak, yaitu manusia atau badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak. Suatu subjek hukum mempunyai kekuasaan untuk mndukung hak (*rechtsvoegd-heid*).[137] Dapat juga dikatakan, subjek hukum adalah sesuatu yang menurut hukum dapat memiliki hak dan kewajiban, atau sebagai pendukung hak dan kewajiban, dalam bahasa lebih praktis yang dapat dikenai hak dan kewajiban.

Adapun yang menjadi subjek hukum adalah orang (*persoon*). Pengertian orang dikemukakan oleh beberapa pakar sebagai berikut:[138]

1. Hardjawidjaja, orang merupakan pengertian terhadap manusia.
2. Eggens, yang dimaksud dengan orang adalah manusia sebagai *rechspersoon.*
3. Ko Tjai Sing berpendapat bahwa yang dimaksud dengan orang tidak hanya manusia biasa tetapi juga badan hukum. Manusia dan badan hukum dapat mempunyai hak seperti orang dapat diartikan sebagai subjek hukum.

Berdasarkan beberapa pengertian di atas, dapat diketahui menurut macamnya subjek hukum terdiri atas dua. Pertama manusia (*natuurlijke persoon*), kedua badan hukum (*rechts persoon*).

Pengakuan manusia sebagai salah satu subjek hukum, terlihat secara tersirat pada Pasal 6 *Universal Declaration of Human Rights* yang berbunyi: "*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*." Dengan demikian, kedudukan manusia sebagai subjek hukum, juga sekaligus mendudukkan manusia memiliki kesamaan di muka hukum (*equality before the law dan man is person before the law*).

Sebagai pendukung hak dan kewajiban, maka ia memliki kewenangan untuk bertindak. Sudah tentu kewenangan bertindak dimaksud di sini harus menurut hukum. Hak dan kewajiban tersebut dilindungi oleh hukum misalnya larangan seseorang melakukan perampasan hak sehingga mengakibatkan kematian perdata (*burgelijke dood*) bagi orang lain walaupun termasuk mendukung hak, maka hal ini dilarang. Contoh, perbudakan adalah dilarang karena tidak sesuai dengan perikema-

[137] Soerjono Soekanto, *Op. cit.*, h. 129.
[138] *Ibid.*, h.229.

nusiaan dan perikeadilan.

Larangan kematian perdata juga tercantum secara tegas dalam beberapa ketentuan (walau sebagian sudah tidak berlaku), antara lain:

Pasal 3 KUH Perdata:

> *Generlei straf heft de burgelijke dood of het verlies van alle bergelijke reghten tengevolge* (Hukuman tidak dapat merampas semua hak dari yang dikenai hukuman itu).

Pasal 15 UUDS 1950 ayat (2):

> Tidak ada suatu hukuman pun mengakibatkan kematian perdata atau kehilangan semua hak-hak kewarganegaraan.

Pasal 10 UUDS:

> Tidak seorang pun boleh diperbudak, diberlakukan atau diperhamba. Perbudakan, perdagangan budak dan perhambaan dan segala perbuatan apa pun yang tujuannya sama dilarang.

Dalam UUD 1945 tidak memuat secara tegas tentang hal tersebut di atas.[139] Seyogianya hal tersebut dicantumkan oleh pembuat undang-undang supaya jaminan terhadap subjek hukum lebih pasti.

1. Orang dalam Bentuk Manusia Pribadi

Pada dasarnya seseorang dinyatakan sebagai subjek hukum ketika dilahirkan, dan berakhir ketika meninggal dunia. Namun hal in tidak mutlak, sebab ada kekecualian seperti yang diatur dan ditetapkan dalam Pasal 2 KUH Perdata:[140]

> Anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan, dianggap sebagai telah dilahirkan, bilamana juga kepentingan si anak menghendakinya. Mati sewaktu dilahirkan, dianggaplah ia tak pernah telah ada.

Sebagai subjek hukum, manusia mempunyai kewenangan untuk melakukan kewajiban dan menerima haknya, yang disebut dengan kewenangan hukum. Dengan adanya kewenangan tersebut manusia dapat bertindak sendiri untuk memfungsikan hak dan kewajibannya yang disebut dengan kecakapan hukum, seperti melakukan perbuatan hukum (*handelingsbekwaanheid*), misalnya membuat perjanjian-perjanjian dalam lapangan harta benda maupun lainnya seperti jual beli, sewa-menyewa, penghibahan dan lain sebagainya.

Akan tetapi tidak semua manusia dapat memfungsikan sendiri hak

[139] R.Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum,* (Jakarta: Sinar Grafika, 2002), hlm. 228-229.
[140] E. Utrceht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia,* (Jakarta: Universitas, 1966), hlm. 234.

dan kewajibannya tersebut, karena kewenangannya itu dibatasi oleh beberapa faktor dan keadaan tertentu. Manusia yang tidak dapat memfungsikan haknya tersebut disebut dengan istilah *personae miserabile* (manusia tidak cakap hukum), yang saat ini tinggal dua golongan, yaitu:

a. Manusia yang belum dewasa dan belum kawin/pernah, dan
b. Manusia dewasa yang karena sebab-sebab tertentu disimpan di bawah pengampuan, seperti sakit ingatan, pemboros, pemabuk dan penjudi berat

Diadakannya "lembaga *personae miserabile"* ini di samping untuk melindungi kepentingan pribadinya juga untuk keluarga lainnya dari tindakan-tindakan merugikan dari orang-orang yang tergolong dalam status tersebut. Dari uraian di atas dapat mengetahui, bahwa seseorang yang wenang hukum belum tentu cakap hukum (*beckwaam*).

Berkaitan dengan syarat kedewasaan, ternyata pengertian dewasa tersebut bervariasi menurut berbagai peraturan dan hukum lainnya, berikut di bawah ini:[141]

Menurut KUH Perdata, kedewasaan untuk melansungkan perkawinan apabila seorang laki-laki telah berumur 18 tahun, sedangkan untuk perempuan apabila ia telah berumur 15 tahun. Klausul ini dapat kita temukan dalam Pasal 29 KUH Perdata yang menetapkan:

> Seorang jejaka yang belum mencapai umur genap delapan belas tahun, seperti pun seorang gadis yang belum mencapai umur genap lima belas tahun, tak diperbolehkan mengikat dirinya dalam perkawinan ...

Adapun menurut Pasal 7 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ditetapkan:

> Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai sembilan belas tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur enam belas tahun.

Jadi pengertian dewasa untuk kawin menurut Undang-undang Perkawinan (UU No. 1 Tahun 1974), apabila pria sudah berumur 19 tahun, sedangkan bagi wanita apabila ia telah berumur 16 tahun.

Sementara Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, pengertian dewasa ditetapkan apabila seseorang baik pria maupun wanita apabila ia telah berumur 16 tahun. Dalam salah satu pasalnya ditetapkan:[142]

---

[141] Lihat: Dudu Duswara Machmuddin, *Pengantar Ilmu Hukum: Sebuah Sketsa,* (Bandung: Refika Aditama, 2010), hlm. 33-35.

[142] R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Pasal 45,* (Bogor: Politeria, 1981), hlm. 5.

> Jika seseorang yang belum dewasa dituntut karena perbuatan yang dikerjakannya ketika umurnya belum enam belas tahun, hakim boleh: memerintahkan, supaya si tersalah itu dikembalikan kepada orangtuanya, walinya atau pemeliharaannya, dengan tidak dikenakan hukuman ...

Adapun menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1985 tentang Pemilihan Umum Anggota-anggota Badan Permusyawaratan/Perwakilan Rakyat, seseorang baik pria maupun wanita disebut telah dewasa apabila telah berumur 17 tahun. Dalam salah satu pasal undang-undang tersebut ditetapkan:[143]

> Warga Negara Republik Indonesia yang pada waktu pendaftaran pemilih untuk Pemilihan Umum sudah genap berumur tujuh belas tahun atau sudah/pernah kawin mempunyai hak memilih.

Menurut hukum adat seseorang dikatakan telah dewasa apabila ia telah "kuat gawe" atau telah mampu mencari nafkah sendiri. Perhatikan pendapat Soepomo,"Anak Lelaki yang tertua telah dewasa, ia cakap bekerja (kuat gawe)".[144]

Pengertian dewasa dalam Hukum Islam, seseorang dinyatakan sebagai subjek hukum atau mukalaf (kewajiban untuk melaksanakan peraturan Allah) yaitu apabila:

a. Ajaran Islam sudah sampai kepadanya;
b. Berakal (sehat, tidak gila atau dalam keadaan tidak sadar, dan sebagainya);
c. Baligh yang ciri-cirinya antara lain sudah berumur 15 tahun, pernah mimpi bersetubuh, sudah menikah, dan menstruasi (haid) bagi wanita.

Adapun usia kedewasaan, kaitannya untuk bertindak sendiri (kecakapan hukum) dimulai pada umur 18 tahun (Pasal 47 UUP), yang menggantikan berlakunya ketentuan serupa dalam Kitab Undang-undang Hukum perdata yang menentukan 21 tahun. Maka setelah berlakunya UUP, kecakapan bertindak orang pribadi dan kewenangannya untuk melakukan tindakan hukum ditentukan sebagai berikut:

1) Jika seseorang:
   a) Telah berumur 18 tahun, atau
   b) Telah menikah.

[143] Republik Indonesia, *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1985* tentang Pemilihan Umum Pasal 1 Ayat(6).

[144] Soepomo, *Bab-bab tentang Hukum Adat,* (Jakarta: Pradnya Paramita, 1980) h. 84.

c) Seseorang yang telah menikah tetapi kemudian perkawinannya dibubarkan sebelum ia genap 21 tahu tetap dianggap telah dewasa.

2) Seorang anak yang belum mencapai 18 tahun, dan belum menikah, dalam setiap tindakannya dalam hukum diwakili oleh:
   a) Orangtua, dalam hal ini, anak tersebut masih berada di bawah kekuasaan orangtua (ayah dan ibu sacara bersama-sama)
   b) Walinya, jika anak tersebut sudah tidak lagi berada di bawah kekuasaan orangtuanya (artinya hanya ada salah satu dari orangtuanya saja).

Beberapa peraturan perundangan yang menegaskan standar usia 18 tahun sebagai usia dewasa, yang berkorelasi dengan kecakapan melakukan perbuatan hukum, antara lain Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak (Pasal 5 dan 61) juga menetapkan usia dewasa 18 tahun (bandingkan dengan KUHPidana = 16 tahun). Begitu pula yang terdapat dalam Pasal 5-6, 9, 21-22, dan 41 Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, seseorang dinyatakan dewasa apabila ia telah berumur 18 tahun. Hal yang sama, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Peraturan Jabatan Notaris (Pasal 39 jo. 30) juga menetapkan usia dewasa 18 tahun.

Mencermati argumentasi kedewasaan tersebut di atas, sudah selayaknya usia kedewasaan 21 tahun dalam KUH Perdata yang terdapat dalam Pasal 330 jo 1330-nya ditinggalkan. Pergeseran standar usia 18 tahun sebagai standar usia dewasa (kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum) sudah lazim juga dilakukan di berbagai negara yang menganut sistem *civil law* maupun *common law*,[145] termasuk Belanda sendiri sebagai pemberi rujukan di Indonesia di masa lalu.

2. Badan Hukum Sebagai Subjek Hukum

a. Pengertian Badan Hukum

Subjek hukum memiliki kedudukan dan peranan yang sangat penting di dalam bidang hukum, khususnya hukum keperdataan karena subjek hukum tersebut yang dapat mempunyai wewenang hukum. Istilah Subjek hukum berasal dari terjemahan bahasa Belanda yaitu *rechtsubject* atau *law of subject* (Inggris). Secara umum *rechtsubject* diartikan

[145] Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial,* (Jakarta: Laksbang, 2008), hlm. 167.

sebagai pendukung hak dan kewajiban, yaitu manusia dan badan hukum.[146]

Subjek hukum ialah segala sesuatu yang pada dasarnya memiliki hak dan kewajiban dalam lalu-lintas hukum. Yang termasuk dalam pengertian subjek hukum ialah manusia (*naturlijke persoon*) dan badan hukum[147] (*rechtpersoon*), misalnya perseroan terbatas, perusahaan negara, yayasan, badan-badan pemerintahan, dan sebagainya.[148]

Di samping manusia sebagai pembawa hak, di dalam hukum juga badan-badan atau perkumpulan-perkumpulan dipandang sebagai subjek hukum yang dapat memiliki hak-hak dan melakukan perbuatan-perbuatan hukum seperti manusia. Badan-badan dan perkumpulan-perkumpulan itu dapat memiliki kekayaan sendiri, ikut serta dalam lalu lintas hukum dengan perantaraan pengurusnya, dapat digugat dan menggugat di muka Hakim. Badan-badan atau perkumpulan tersebut dinamakan badan hukum (*rechtspersoon*) yang berarti orang (*persoon*) yang diciptakan oleh hukum.[149] Jadi, ada suatu bentuk hukum (*rechtsfiguur*) yaitu badan hukum (*rechtspersoon*) yang dapat mempunyai hak dan kewajiban hukum dan dapat mengadakan hubungan hukum.

Black's Law Dictionary[150] memberikan pengertian *legal persons* ialah "*Anentity such as corporation, created by law given certain legal rights and duties of a human being; a being, real or imaginary, who for the purpose of legal reasoning is treated more or less as a human being."*

Menurut E. Utrecht,[151] badan hukum (*rechtspersoon*) yaitu badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak, yang tidak berjiwa, atau lebih tepat yang bukan manusia. Badan hukum sebagai gejala kemasyarakatan adalah suatu gejala yang riil, merupakan fakta yang benar-benar dalam pergaulan hukum biarpun tidak berwujud manusia atau benda yang dibuat dari besi, kayu dan sebagainya.

Menurut Molengraaff, badan hukum pada hakikatnya merupakan

---

[146] Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, PrenadaMedia Group, Jakarta. 2008, hlm. 40.

[147] Dalam bahasa asing, istilah badan hukum selain merupakan terjemahan dari istilah *rechtspersoon* (Belanda), juga merupakan terjemahan peristilahan *persona moralis* (Latin), *legal persons* (Inggris).

[148] A. Ridwan Halim, *Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab*, Cetakan Kedua, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985, hlm. 29.

[149] CST Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kedelapan, Balai Pustaka, Jakarta, 1989, hlm. 216.

[150] Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, West Publishing Co, St. PaulMinn, 2004, hlm. 1178.

[151] Neni Sri Imaniyati, *Hukum Bisnis: Telaah tentang Pelaku dan Kegiatan Ekonomi*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2009, hlm. 124.

hak dan kewajiban dari para anggotanya secara bersama-sama, dan di dalamnya terdapat harta kekayaan bersama yang tidak dapat dibagi-bagi. Setiap anggota tidak hanya menjadi pemilik sebagai pribadi untuk masing-masing bagiannya dalam satu kesatuan yang tidak dapat dibagi-bagi itu, tetapi juga sebagai pemilik bersama untuk keseluruhan harta kekayaan, sehingga setiap pribadi anggota adalah juga pemilik harta kekayaan yang terorganisasikan dalam badan hukum itu.[152]

Oetarid Sadino yang menterjemahkan buku L.J. van Apeldoorn yang berjudul *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht* (Pengantar Ilmu Hukum) yang berkenaan dengan masalah subjek hukum itu menyalin dalam bahasa Indonesia sebagai berikut:[153]

> "Walau demikian, ajaran hukum, dan kini juga undang-undang mengakui adanya purusa atau subjek hukum yang lain daripada manusia. Untuk membedakannya, manusia disebut purusa kodrat (natuurlijke personen) yang lain purusa hukum. Akan tetapi ini tidak berarti, bahwa purusa yang demikian itu juga benar-benar terdapat: itu hanya berarti, bahwa sesuatu yang bukan purusa atau tak dapat merupakan purusa, diperlakukan seolah-olah ia adalah sesuatu purusa.
> Istilah purusa kodrat dan purusa hukum (istilah resminya ialah badan hukum) bersandar pada pandangan (yang berasal dari ajaran hukum kodrat) bahwa menurut kodratnya manusia adalah subjek hukum dan yang lain-lainnya memperoleh kewenangan hukumnya dari hukum positif ... "

Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto mengenai istilah badan hukum ini berpendapat sebagai berikut:[154]

> "Dalam menerjemahkan *zadelijk lichaam* menjadi badan hukum, *lichaam* itu benar terjemahannya badan, tetapi hukum sebagai terjemahan *zadelijk* itu salah, karena arti sebenarnya susila. Oleh karena itu istilah *zadelijk lichaam* dewasa ini sinonim dengan rechtspersoon, maka lebih baik kita gunakan pengertian itu dengan terjemahan pribadi hukum".

Dalam B.W (*Burgelijk Wetboek*) Belanda istilah *rechtspersoon* baru diperkenalkan pada permulaan abad ke XX, yaitu pada saat diadakannya undang-undang tentang kanak-kanak (*Kinderwetten*). Menurut Pasal 292 ayat (2) dan Pasal 302 Buku I BW serta sejak diadakannya buku Titel 10 Buku III BW (lama) pada tahun 1838 abad yang lalu terdapat banyak ketentuan tentang apa yang dimaksud *rechtspersonen* tetapi

[152] Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.,* hlm. 69.
[153] Chidir Ali, *Op. cit.,* hlm. 16.
[154] Purnadi Purbacaraka, *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional,* (suatu orientasi), Edisi I, CV Rajawali, Jakarta, 1983 dalam Chidir Ali, *Ibid.,* hlm. 17.

istilah yang digunakan adalah *zedelijk lichaam* (badan susila). Titel 10 ini (Pasal 1600 s/d 1702) telah dicabut sejak diundangkannya Buku II N.B.W (niew, baru) tentang *rechtspersonen* pada 1976. Buku II N.B.W tersebut dibagi dalam 7 titel, yaitu:[155]

Titel 1 : *Algemene bepalingen* (Peraturan Umum Pasal 1-25);
Titel 2 : *Verenigingen* (Perkumpulan-perkumpulan, Pasal 26-63);
Titel 3 : *Naamloze vennootschappen* (Perseroan terbatas, Pasal 64-174);
Titel 4 : *Besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid* (Perseroan tertutup dengan pertangungjawaban terbatas, Pasal 175-284);
Titel 5 : *Stichtingen* (Yayasan-yayasan, Pasal 285-305);
Titel 6 : *De jaarrekening* (Perhitungan tahunan, Pasal 306-343);
Titel 7 : *Het recht van enquete* (Hak angket, Pasal 344-359).

Sampai 1976, hukum NV (Perseroan Terbatas) dan BV (Perseroan Tertutup) diatur dalam W.v.K (KUH Dagang, Pasal 36-58g) dan dengan telah berlakunya Buku II B.W pada 1976, maka peraturan NV dan BV dialihkan dalam B.W tersebut.[156]

Istilah badan hukum sudah merupakan istilah yang resmi, istilah ini dapat dijumpai dalam perundang-undangan, antara lain:

- Dalam hukum pidana ekonomi istilah badan hukum disebut dalam Pasal 12 Hamsterwet (UU penimbunan barang) L.N. 1951 N0.90 jo L.N. 1953 No.4. Keistimewaan Hamsterwet ini ialah Hamsterwet menjadi peraturan yang pertama di Indonesia yang memberi kemungkinan menjatuhkan hukuman menurut hukum pidana terhadap badan hukum. Kemudian kemungkinan tersebut secara umum ditentukan dalam Pasal 15 L.N. 1955 No.27;
- Dalam Undang-Undang Pokok Agraria No.5 Tahun 1960 antara lain pasal 4 ayat (1);
- Dalam Perpu No.19 Tahun 1960 tentang Bentuk-bentuk Usaha Negara;
- Dalam Undang-Undang Badan Usaha Milik Negara No.19 Tahun 2003 antara lain pasal 35 ayat (2).
- Dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas No.40 Tahun 2008 antara lain Pasal 1 ayat (9) dan ayat (10), Pasal 10, Pasal 13, Pasal 14, dan lain sebagainya.

[155] *Ibid.*, hlm. 14.
[156] *Ibid.*, hlm. 15.

Chidir Ali,[157] menyatakan bahwa untuk memberi pengertian tentang badan hukum merupakan persoalan teori hukum dan persoalan hukum positif, yaitu:

1) Menurut teori hukum, "apa" badan hukum, dapat dijawab bahwa badan hukum adalah subjek hukum yaitu segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat itu oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban.
2) Menurut hukum positif, "siapa" badan hukum, yaitu siapa saja yang oleh hukum positif diakui sebagai badan hukum.

Menurut Sri Soedewi Masjchoen,[158] bahwa badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang bersama-sama bertujuan untuk mendirikan suatu badan, yaitu:

- berwujud himpunan, dan
- harta kekayaan yang disendirikan untuk tujuan tertentu, dan dikenal dengan yayasan.

Selanjutnya Salim H.S.[159] berpendapat bahwa badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang mempunyai tujuan (arah yang ingin dicapai) tertentu, harta kekayaan, serta hak dan kewajiban. Berdasarkan uraian tersebut, maka dapat dikemukakan bahwa unsur-unsur badan hukum, antara lain mempunyai:

- perkumpulan;
- tujuan tertentu;
- harta kekayaan;
- hak dan kewajiban; dan
- hak untuk menggugat dan digugat.

Adanya badan hukum (*rechtspersoon*) di samping manusia tunggal (*natuurlijkpersoon*) adalah suatu realita yang timbul sebagai suatu kebutuhan hukum dalam pergaulan di tengah-tengah masyarakat. Sebab manusia selain mempunyai kepentingan perseorangan, juga memiliki kepentingan dan tujuan bersama yang harus diperjuangkan bersama pula. Karena itu mereka berkumpul mempersatukan diri dengan membentuk suatu organisasi dan memilih pengurusnya untuk mewakili mereka. Mereka juga memasukkan harta kekayaan masing-masing men-

[157] *Ibid.,* hlm. 18.

[158] Sri Soedewi Masjchoen dalam Salim H.S., *Pengantar Hukum Perdata Tertulis* (BW), Sinar Grafika, Cetakan kelima, Jakarta, 2008, hlm. 26.

[159] Salim H.S., *Op. cit.,* hlm. 26.

jadi milik bersama, dan menetapkan peraturan-peraturan intern yang hanya berlaku di kalangan mereka anggota organisasi itu. Dalam pergaulan hukum, semua orang yang mempunyai kepentingan bersama yang tergabung dalam kesatuan kerja sama tersebut dianggap perlu sebagai kesatuan yang baru, yang mempunyai hak dan kewajiban anggota-anggotanya serta dapat bertindak hukum sendiri.

Sebagaimana halnya subjek hukum manusia, badan hukum memiliki hak dan kewajiban serta dapat pula mengadakan hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking/rechtsverhouding*) baik antara badan hukum yang satu dan badan hukum lain maupun antara badan hukum dan orang manusia (*natuurlijkpersoon*). Karena itu badan hukum dapat mengadakan perjanjian jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, dan segala macam perbuatan di lapangan harta kekayaan.[160]

Dengan demikian, badan hukum adalah pendukung hak dan kewajiban yang tidak berjiwa sebagai lawan pendukung hak dan kewajiban yang berjiwa yakni manusia. Sebagai subjek hukum yang tidak berjiwa, maka badan hukum tidak mungkin berkecimpung di lapangan keluarga, seperti mengadakan perkawinan, melahirkan anak dan lain sebagainya.

Hukum memberi kemungkinan, dengan memenuhi syarat-syarat tertentu, bahwa suatu perkumpulan atau badan lain dianggap sebagai orang, yang merupakan pembawa hak, suatu subjek hukum dan karenanya dapat menjalankan hak-hak seperti orang biasa, dan begitu pula dapat dipertanggunggugatkan. Sudah barang tentu badan hukum itu bertindaknya harus dengan perantaraan orang biasa, akan tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya sendiri melainkan untuk dan atas pertanggung-gugat badan hukum.

Menurut Chidir Ali[161] pengertian badan hukum sebagai subjek hukum itu mencakup hal berikut, yaitu:

1) Perkumpulan orang (organisasi);
2) Dapat melakukan perbuatan hukum (*rechtshandeling*) dalam hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking*);
3) Mempunyai harta kekayaan tersendiri;
4) Mempunyai pengurus;
5) Mempunyai hak dan kewajiban;
6) Dapat digugat atau menggugat di depan pengadilan.

Setiap badan hukum yang dapat dikatakan mampu bertanggung

[160] Riduan Syahrani, *Seluk Beluk dan Asas-asas Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 54.

[161] Chidir Ali, *Op. cit.*, hlm. 21.

jawab (*rechtsbevoegheid*) secara hukum, haruslah memiliki empat unsur pokok, yaitu:[162]

1) Harta kekayaan yang terpisah dari kekayaan subjek hukum yang lain;
2) Mempunyai tujuan ideal tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;
3) Mempunyai kepentingan sendiri dalam lalu lintas hukum;
4) Ada organisasi kepengurusannya yang bersifat teratur menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan peraturan internalnya sendiri.

H.M.N Purwosutjipto mengemukakan beberapa syarat agar suatu badan dapat dikategorikan sebagai badan hukum. Persyaratan agar suatu badan bisa dikatakan berstatus badan hukum meliputi keharusan:[163]

1) Adanya harta kekayaan (hak-hak) dengan tujuan tertentu yang terpisah dengan kekayaan pribadi para sekutu atau pendiri badan itu. Tegasnya ada pemisahan kekayaan perusahaan dengan kekayaan pribadi para sekutu;
2) Kepentingan yang menjadi tujuan adalah kepentingan bersama;
(3) Adanya beberapa orang sebagai pengurus badan tersebut.

Ketiga unsur tersebut di atas merupakan unsur material (substantif) bagi suatu badan hukum. Kemudian persyaratan lainnya adalah persyaratan yang bersifat formal, yakni adanya pengakuan dari negara yang mengakui suatu badan adalah badan hukum.

Menurut Riduan Syahrani[164]ada beberapa syarat yang harus dipenuhi oleh suatu badan/perkumpulan/badan usaha agar dapat dikatakan sebagai badan hukum (*rechtspersoon*). Menurut doktrin syarat-syarat itu sebagai berikut:

1) Adanya kekayaan yang terpisah;
2) Mempunyai tujuan tertentu;
3) Mempunyai kepentingan sendiri;
4) Ada organisasi yang teratur.

Pada akhirnya yang menentukan suatu badan/perkumpulan/per-

[162] Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 71.

[163] H.M.N. Purwosutjipto, *Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia*, Jilid 2, Djambatan, Jakarta, 1982, hlm. 63 dalam Ridwan Khairandy, *Perseroan Terbatas: Doktrin, Peraturan Perundang-Undangan, dan Yurispudensi*, Cetakan Kedua, Total Media, Yogyakarta, 2009, hlm. 10.

[164] Riduan Syahrani, *Op. cit.*, hlm. 61.

himpunan sebagai badan hukum atau tidak adalah hukum positif yakni hukum yang berlaku pada suatu daerah/negara tertentu, pada waktu tertentu dan pada masyarakat tertentu. Misalnya, di Prancis dan Belgia, hukum positifnya mengakui perseroan dan firma sebagai badan hukum. Adapun di Indonesia hukum positifnya tidak mengakuinya sebagai badan hukum.

Dengan demikian, dialam hukum modern dewasa ini, suatu badan, perkumpulan, atau suatu perikatan hukum untuk dapat disebut sebagai badan hukum haruslah memenuhi lima unsur persyaratan sekaligus. Kelima unsur persyaratan itu adalah:[165]

1) Harta kekayaan yang terpisah dari kekayaan subjek hukum yang lain;
2) Unsur tujuan ideal tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;
3) Kepentingan sendiri dalam lalu-lintas hukum;
4) Organisasi kepengurusannya yang bersifat teratur menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan peraturan internalnya sendiri;
5) Terdaftar sebagai badan hukum sesuai dengan peraturan perundangundangan yang berlaku.

Dalam B.W Indonesia atau KUH Perdata tidak mengatur secara lengkap dan sempurna tentang badan hukum (*rechtspersoon*), dalam BW ketentuan tentang badan hukum hanya termuat pada Buku III titel IX Pasal 1653 s/d 1665 dengan istilah "*van zedelijkelichamen*" yang dipandang sebagai perjanjian, karena itu lalu diatur dalam Buku III tentang Perikatan. Kata *rechtspersoon* tidak dijumpai dalam Bab IX Buku III KUH Perdata, meskipun maksudnya yaitu antara lain mengatur *rechtspersoonlijkheid* (kepribadian hukum) yaitu bahwa badan hukum itu memiliki kedudukan sebagai subjek hukum. Hal ini menimbulkan keberatan para ahli karena badan hukum adalah *person*, maka seharusnya dimasukkan dalam Buku I tentang Orang.

Peraturan perundang-undangan lain yang mengatur tentang badan hukum ini antara lain termuat dalam Stb. 1870 No. 64 tentang pengakuan badan hukum; Stb 1927 No. 156 tentang Gereja dan Organisasi-organisasi agama; Undang-Undang No. 2 Tahun 992 tentang Usaha Perasuransian. Undang-Undang No. 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian; Undang-Undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas yang te-

[165] Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.,* hlm. 77.

lah diubah dengan Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas; Undang-Undang No. 12 Tahun 1998 tentang Perbankan dan Undang-Undang No. 16 Tahun 2001 tentang Yayasan yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 28 Tahun 2004.[166]

Mengenai perwujudan badan hukum sudah berabad-abad lamanya menjadi perselisihan dan perjuangan pendapat dari para ahli hukum. Selama belum dapat diketemukan suatu pandangan dan pendapat yang tepat dan benar di dalam metode dari bentuk-bentuk pengertian umum dan dalam nilai bagi ilmu pengetahuan pada umumnya dan bagi tafsiran peraturan undang-undang pada khususnya, selama itu pula akan tetap merupakan perjuangan pendapat. Hal ini dapat kita lihat, betapa banyaknya teori-teori mengenai badan hukum.

Untuk mengetahui hakikat badan hukum, dalam ilmu pengetahuan hukum timbul bermacam-macam teori tentang badan hukum yang satu sama lain berbedabeda. Berikut ini dikemukakan lima teori yang sering dikutip oleh penulis-penulis ahli hukum kita.[167]

- **Teori Fiksi**

Teori ini dipelopori oleh Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Teori ini dianut di beberapa negara, antara lain di Belanda dianut oleh Opzomer, Diephuis, Land dan Houwing serta Langemeyer.

Menurut teori ini badan hukum itu semata-mata buatan negara saja. Badan hukum itu hanyalah fiksi, yakni sesuatu yang sesungguhnya tidak ada, tetapi orang yang menghidupkannya dalam bayangan sebagai subjek hukum yang dapat melakukan perbuatan hukum seperti manusia. Dengan kata lain, sebenarnya menurut alam hanya manusia selaku subjek hukum, tetapi orang menciptakan dalam bayangannya, badan hukum selaku subjek hukum diperhitungkan sama dengan manusia. Jadi, orang bersikap seolah-olah ada subjek hukum yang lain, tetapi wujud yang tidak riil itu tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan, sehingga yang melakukan ialah manusia sebagai wakil-wakilnya. Sehingga badan hukum bila akan bertindak harus dengan perantaraan wakilnya yaitu alat-alat perlengkapannya, misalnya: direktur atau pengurus dalam suatu perseroan terbatas atau korporasi.

[166] Neni Sri Imaniyati, *Op. cit.*, hlm. 126.

[167] Chidir Ali,*Op. cit.*, hal 31-37; Ali Rido, *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*, Alumni, Bandung, 2004, hlm. 7-10; Lihat juga: Riduan Syahrani, *Op. cit.*, hlm. 55-57; Salim H.S., *Op. cit.*, hlm. 29-31; Titik Triwulan Tutik, *Op. cit.*, hlm. 48-50.

- **Teori Kekayaaan Bertujuan**

Menurut teori ini hanya manusia saja yang dapat menjadi subjek hukum. Namun ada kekayaan (*vermogen*) yang bukan merupakan kekayaan seseorang, tetapi kekayaan itu terikat tujuan tertentu. Kekayaan yang tidak ada yang mempunyai dan terikat kepada tujuan tertentu inilah yang diberi nama badan hukum. Kekayaan badan hukum dipandang terlepas dari yang memegangnya (*onpersoonlijk/subjectloos*). Di sini yang penting bukan siapakah badan hukum itu, tetapi kekayaan tersebut diurus dengan tujuan tertentu. Karena itu, menurut teori ini tidak peduli manusia atau bukan, tidak peduli kekayaan itu merupakan hak-hak yang normal atau bukan, pokoknya adalah tujuan dari kekayaan tersebut.

Adanya badan hukum diberi kedudukan seperti sebagai orang disebabkan badan ini mempunyai hak dan kewajiban yaitu hak atas harta kekayaan dan dengannya itu memenuhi kewajiban-kewajiban kepada pihak ketiga. Oleh sebab itu, badan tersebut memiliki hak/kewajiban dengan begitu ia sebagai subjek hukum (*subjectum juris*). Kekayaan yang dimiliki biasanya berasal dari kekayaan seseorang yang dipisahkan atau disendirikan dari kekayaan orang yang bersangkutan dan diserahkan kepada badan tersebut, misalnya yayasan, Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), dan sebagainya.

Teori ini juga disebut ajaran *zweckvermogen*, *destinataristheorie*, atau *leer van het doelvermogen*. Penganut teori kekayaan bertujuan ini antara lain A. Brinz (sarjana Jerman) dan Van der Heijden dari Belanda.

- **Teori Organ**

Teori ini dikemukakan oleh sarjana Jerman, Otto von Gierke (1841-1921), pengikut aliran sejarah dan di negeri Belanda dianut oleh L.G. Polano. Ajarannya disebut *leer der volledige realiteit*, ajaran realitas sempurna.

Menurut teori ini, badan hukum itu seperti manusia, menjadi penjelmaan yang benar-benar dalam pergaulan hukum, yaitu *eine leiblichgeistige lebensein heit*. Badan hukum itu menjadi suatu *verbandpersoblich keit* yaitu suatu badan yang membentuk kehendaknya dengan perantaraan alat-alat atau organ-organ badan tersebut misalnya anggota-anggotanya atau pengurusnya seperti manusia yang mengucapkan kehendaknya dengan perantaraan mulutnya atau dengan perantaraan tangannya jika kehendak itu ditulis di atas kertas. Apa yang mereka (*organen*) putuskan, adalah kehendak dari badan hukum.

Badan hukum itu bukan abstrak (fiksi) dan bukan kekayaan (hak)

yang tidak bersubjek. Tetapi badan hukum adalah suatu organisme yang riil, yang menjelma sungguh-sungguh dalam pergaulan hukum, yang dapat membentuk kemauan sendiri dengan perantaraan alat-alat yang ada padanya (pengurus, anggota-anggotanya), seperti manusia biasa yang mempunyai organ [pancaindra] dan sebagainya.

Dengan demikian, menurut teori organ, badan hukum bukanlah suatu hal yang abstrak, tetapi benar-benar ada. Badan hukum bukanlah suatu kekayaan (hak) yang tidak bersubjek, tetapi badan hukum itu suatu organisme yang riil, yang hidup dan bekerja seperti manusia biasa. Tujuan badan hukum menjadi kolektivitas, terlepas dari individu, ia suatu *verband personlichkeit* yang memiliki *gesamwille*. Berfungsinya badan hukum dipersamakan dengan fungsinya manusia. Jadi badan hukum tidak berbeda dengan manusia, dapat disimpulkan bahwa tiap-tiap perkumpulan/perhimpunan orang adalah badan hukum.

● Teori Kekayaan Bersama (Propriete Collective Theory)

Teori ini dikemukakan oleh Rudolf von Jhering (1818-1892) sarjana Jerman pengikut aliran/mazhab sejarah tetapi keluar. Pengikut teori ini adalah Marcel Pleniol (Perancis) dan Molengraaff (Belanda), kemudian diikuti Star Busmann, Kranenburg, Paul Scolten, dan Apeldoorn.

Menurut teori ini hak dan kewajiban badan hukum pada hakikatnya adalah hak dan kewajiban para anggota bersama-sama. Kekayaan badan hukum adalah milik (*eigendom*) bersama seluruh anggotanya. Orang-orang yang berhimpun tersebut merupakan suatu kesatuan dan membentuk suatu pribadi yang dinamakan badan hukum. Oleh karena itu, badan hukum adalah suatu konstruksi yuridis saja.

Pada hakikatnya badan hukum itu sesuatu yang abstrak. Teori kekayaan bersama ini berpendapat bahwa yang dapat menjadi subjek-subjek hak badan hukum, yaitu:

- Manusia-manusia yang secara nyata ada di belakangnya;
- Anggota-anggota badan hukum; dan
- Mereka yang mendapat keuntungan dari suatu yayasan.

● Teori Kenyataan Yuridis

Teori ini dikemukakan oleh sarjana Belanda E.M. Meijers dan dianut oleh Paul Scholten, serta sudah merupakan *de heersende leer*. Menurut Meijers badan hukum itu merupakan suatu realitas, konkret, riil, walaupun tidak dapat diraba, bukan khayal, tetapi suatu kenyataan yuridis. Meijers menyebut teori tersebut sebagai teori kenyataan sederhana (*eenvoudige realiteit*), karena menekankan bahwa hendaknya dalam mem-

persamakan badan hukum dengan manusia itu terbatas sampai pada bidang hukum saja. Jadi menurut teori kenyataan yuridis badan hukum adalah wujud yang riil, sama riilnya dengan manusia.

Dengan kata lain, menurut teori ini badan hukum dipersamakan dengan manusia adalah suatu realita yuridis, yaitu suatu fakta yang diciptakan oleh hukum. Jadi adanya badan hukum itu karena ditentukan oleh hukum sedemikian itu. Sebagai contoh, koperasi merupakan kumpulan yang diberi kedudukan sebagai badan hukum setelah memenuhi persyaratan tertentu, tetapi firma bukan merupakan badan hukum, karena hukum di Indonesia menentukan demikian (vide Pasal 18 KUH Dagang).

Menurut Chidir Ali, teori-teori badan hukum yang ada, sebenarnya dapat dihimpun dalam dua golongan, yaitu:[168]

(a) Teori yang berusaha ke arah peniadaan persoalan badan hukum, antara lain dengan jalan mengembalikan persoalan tersebut kepada orang-orangnya, yang merupakan orang-orang yang sebenarnya berhak. Termasuk golongan ini ialah teori organ, teori kekayaan bersama.
(b) Teori lainnya yang hendak mempertahankan persoalan badan hukum, ialah teori fiksi, teori kekayaan yang bertujuan, teori kenyataan yuridis.

Meskipun teori-teori tentang badan hukum tersebut berbeda-beda dalam memahami hakikat badan hukum, namun teori-teori itu sependapat bahwa badan-badan hukum dapat berkecimpung dalam pergaulan hukum di masyarakat, meskipun dengan beberapa pengecualian.

b. Pembagian Badan Hukum

Badan hukum bisa dibedakan menurut bentuknya, peraturan yang mengaturnya, dan sifatnya.[169]

1) Badan hukum menurut bentuknya (Pasal 1 ayat [1] dan Pasal 3 NBW [BW Baru] negeri Belanda).
   Badan hukum menurut bentuknya adalah pembagian badan hukum berdasarkan pendiriannya. Ada dua macam badan hukum berdasarkan bentuknya, yaitu badan hukum publik dan badan hukum privat. Yang termasuk hukum publik adalah seperti negara, provinsi, kotapraja, majelis, lembaga, dan bank negara. Adapun yang termasuk badan hukum privat adalah perkumpulan, perseroan terba-

[168] Chidir Ali, *Op. cit.*, hlm. 30.
[169] Salim H.S., *Op. cit.*, hlm. 26.

tas (PT), perusahaan tertutup dengan tanggung jawab terbatas, dan yayasan.

2) Badan hukum menurut peraturan yang mengaturnya adalah suatu pembagian badan hukum yang didasarkan atas ketentuan yang mengatur badan hukum tersebut. Ada dua macam badan hukum berdasarkan aturan yang mengaturnya:
   - Badan hukum yang terletak dalam lapangan hukum perdata BW. Ini akan menimbulkan badan hukum perdata eropa. Yang termasuk badan hukum eropa, adalah (1) zedelijke lichaam: Perhimpunan yang diatur dalam Buku III KUH Perdata (Pasal 1653 s.d Pasal 1665) dan Stb. 1870 No. 64; (2) PT Firma, dan lain-lain yang didirikan menurut KUH Dagang, dan (3) CV didirikan menurut ketentuan Stb. 1933 No.108;
   - Badan hukum yang terletak dalam lapangan hukum perdata adat. Ini akan menimbulkan badan hukum Bumiputra. Yang termasuk badan hukum Bumiputra: (1) Maskapai Andil Indonesia (M.A.I) yang didirikan menurut Stb. 1939 No.569; (2) perkumpulan Indonesia yang didirikan menurut Stb. 1939 No.570; dan (3) koperasi Indonesia yang didirikan menurut Stb. 1927 No.1.
3) Badan hukum menurut sifatnya (Utrecht dan Djindang, 1983). Badan hukum menurut sifatnya dibagi dua macam, yaitu korporasi (*corporatie*) dan yayasan (*stichting*).

Menurut pasal 1653 BW badan hukum dapat dibagi atas tiga macam, yaitu:[170]

1) Badan hukum yang diadakan oleh pemerintah/kekuasaan umum, misalnya daerah tingkat I, daerah tingkat II/kotamadya, bank yang didirikan oleh negara, dan sebagainya.
2) Badan hukum yang diakui oleh pemerintah/kekuasaan umum, misalnya perkumpulan, gereja, organisasi keagamaan, dan sebagainya.
3) Badan hukum yang didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang dan kesusilaan, seperti PT, perkumpulan asuransi, perkapalan, dan lain sebagainya.

Selanjutnya Riduan Syahrani[171] mengemukakan bahwa badan hukum dapat dibedakan berdasarkan wujudnya dan jenisnya.

1) Berdasarkan wujudnya badan hukum dapat dibedakan atas dua macam:

[170] Riduan Syahrani, *Op. cit.*, hlm. 57.
[171] *Ibid.*, hlm. 58-59.

- Korporasi (*corporatie*) adalah gabungan (kumpulan) orang-orang yang dalam pergaulan hukum bertindak bersama-sama sebagai suatu subjek hukum tersendiri. Karena itu korporasi ini merupakan badan hukum yang beranggota, akan tetapi mempunyai hak dan kewajiban sendiri yang terpisah dengan hak dan kewajiban para anggotanya. Misalnya: PT (NV), perkumpulan asuransi, perkapalan, koperasi, dan sebagainya.
- Yayasan (*stichting*) adalah harta kekayaan yang ditersendirikan untuk tujuan tertentu. Jadi pada yayasan tidak ada anggota, yang ada hanyalah pengurusnya.

2) Berdasarkan jenisnya badan hukum dapat dibedakan atas dua macam:
   - Badan hukum publik;
   - Badan hukum privat.

Chidir Ali mengemukakan macam badan hukum publik dan badan hukum perdata (badan hukum privat).[172] Menurutnya, badan hukum publik dapat dibedakan atas dua macam, yaitu:

1) Badan hukum yang mempunyai teritorial
   Suatu badan hukum itu pada umumnya harus memperhatikan atau menyelenggarakan kepentingan mereka yang tinggal di dalam daerah atau wilayahnya. Misalnya, Negara Republik Indonesia itu mempunyai wilayah dari Sabang sampai Merauke. Propinsi Jawa Barat, Kotapraja-kotapraja masing-masing mempunyai wilayah: selain itu ada juga badan hukum yang hanya menyelenggarakan kepentingan beberapa orang saja, seperti subak di Bali, Water schape di Klaten;
2) Badan hukum yang tidak mempunyai teritorial.
   Adalah suatu badan hukum yang dibentuk oleh yang berwajib hanya untuk tujuan tertentu saja, contohnya Bank Indonesia adalah badan hukum yang dibentuk yang berwajib hanya untuk tujuan yang tertentu saja, yang dalam bahasa Belanda disebut *publiekrechtelijke doel corporatie* dan oleh Soenawar Soekawati disebut badan hukum kepentingan. Badan hukum tersebut dianggap tidak mempunyai teritorial, atau teritorialnya sama dengan teritorialnya negara.

Adapun dalam badan hukum keperdataan, yang penting ialah badan-badan hukum yang terjadi atau didirikan atas pernyataan kehendak dari orang perorangan. Di samping ini badan hukum publik pun dapat

[172] Chidir Ali, *Op. cit.*, hlm. 62-63.

juga mendirikan suatu badan hukum keperdataan, misalnya Negara Republik Indonesia mendirikan yayasan, perusahaan negara, dan lain-lain, bahkan daerah otonom dapat mendirikan bank daerah.

Ada beberapa macam badan hukum perdata, antara lain:

1) Perkumpulan (*vereniging*) diatur dalam Pasal 1653 KUH Perdata, juga Stb. 1870-64 dan Stb. 1939-570.
2) Perseroan Terbatas (PT) diatur dalam Pasal 36 KUH Dagang;
3) Rederij diatur dalam Pasal 323 KHU Dagang,
4) *Kerkgenootschappen* diatur dalam Stb. 1927-156;
5) Koperasi diatur dalam Undang-Undang Pokok Koperasi No. 12 Tahun 1967;
6) Yayasan.

Untuk menentukan sesuatu badan hukum termasuk badan hukum publik atau termasuk badan hukum privat/perdata, dalam stelsel hukum Indonesia dapat dipgunakan kriteria, yaitu:[173]

1) Dilihat dari cara pendiriannya/terjadinya, artinya badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yaitu didirikan oleh penguasa (negara) dengan undang-undang atau peraturan-peraturan lainnya, juga meliputi kriteria berikut;
2) Lingkungan kerjanya, yaitu apakah dalam melaksanakan tugasnya badan hukum itu pada umumnya dengan publik/umum melakukan perbuatan-perbuatan hukum perdata, artinya bertindak dengan kedudukan yang sama dengan publik/umum atau tidak. Jika tidak, maka badan hukum itu merupakan badan hukum publik; demikian pula dengan kriteria;
3) Mengenai wewenangnya, yaitu apakah badan hukum yang didirikan oleh penguasa (negara) itu diberi wewenang untuk membuat keputusan, ketetapan atau peraturan yang mengikat umum. Jika ada wewenang publik, maka ia adalah badan hukum publik.

Demikianlah, jika ketiga kriteria (unsur) itu terdapat pada suatu badan atau badan hukum, maka ia dapat disebut badan hukum politik.

Menurut Salim H.S.,[174] yang termasuk kategori badan hukum privat adalah himpunan, PT firma, MAI, koperasi, dan yayasan. Perbedaanya dapat dibedakan berikut ini:

1) Perhimpunan
   - Tujuan dan organisasi ditentukan oleh para anggota;

[173] Chidir Ali, *Ibid.*, hlm. 62.
[174] Salim H.S., *Op. cit.*, hlm. 28-29.

- Anggota-anggota itu sewaktu-waktu dapat diganti;
- Ada hubungan pelaksanaan tujuan dengan pekerjaan yang harus dilakukan oleh para anggota atau alat perlengkapan badan itu.

2) Perseroan Terbatas (PT):
   - Persekutuan atau persetujuan antara dua orang atau lebih;
   - Menyerahkan atau memusatkan sesuatu barang atau uang atau tenaga dengan maksud untuk mengusahakan itu dan membagi keuntungan yang didapatnya;
   - Dengan modal perseroan yang tertentu yang terbagi atas saham-saham;
   - Para persero ikut serta dalam modal itu dengan mengambil satu saham atau lebih;
   - Melakukan perbuatan-perbuatan hukum di bawah nama yang sama, dengan tanggung jawab semata-mata terbatas pada modal yang mereka setorkan.
3) Firma
   - Didirikan oleh lebih dari satu orang dalam suatu perjanjian;
   - Memasukkan sesuatu (barang atau uang) dengan maksud untuk melakukan perusahaan di bawah satu nama;
   - Membagi keuntungan yang didapatnya;
   - Anggota-anggotanya masing-masing langsung mempunyai tanggung jawab renteng (bersama) dan sepenuhnya terhadap pihak ketiga;
   - Setiap pesero tidak dikecualikan berkuasa untuk bertindak atas nama firma, mengeluarkan uang, mengadakan perjanjian-perjanian dan sebagainya.
   - Mengikat pesero lain kepada pihak ketiga;
   - Pendirian harus dilakukan dengan akta notaris meskipun hal itu bukan merupakan syarat mutlak.
4) Maskapai Andil Indonesia (M.A.I)
   - Pemegang saham hanya orang-orang bumiputra;
   - Surat-surat saham harus atas nama;
   - Tidak dapat membeli sendiri sahamnya (*inkoop*);
   - Tidak diperkenankan menerima gadai saham-sahamnya.
5) Korporasi
   - Para anggota secara bersama-sama mempunyai harta kekayaan;
   - Para anggota bersama-sama merupakan orang yang memegang kekuasaan yang tertinggi;
   - Para anggota dan pengurusnya yang menentukan maksud dan tujuan korporasi;

- Titik berat pada kekuasaannya dan kerja.

6) Yayasan
   - Tujuan dan organisasi ditentukan oleh orang-orang yang mendirikan yayasan itu;
   - Tidak ada organisasi anggota-anggota
   - Tidak ada wewenang pada pengurus untuk mengadakan perubahan yang mendalam terhadap tujuan dan organisasi;
   - Pelaksanaan tujuan terutama dengan modal yang diperuntukkan bagi tujuan itu.

c. Kekayaan Badan Hukum Terpisah dengan Kekayaan Pendiri, Pemilik, dan Pengurus

Harta kekayaan badan hukum diperoleh dari para anggota maupun dari perbuatan pemisahan yang dilakukan seseorang/partikelir/pemerintah untuk suatu tujuan tertentu. Adanya harta kekayaaan ini dimaksudkan sebagai alat untuk mencapai tujuan tertentu daripada badan hukum yang bersangkutan. Harta kekayaan ini, meskipun berasal dari pemasukan anggota-anggotanya, namun terpisah dengan harta kekayaan kepunyaan pribadi anggota-anggota itu. Perbuatan pribadi anggota-anggotanya tidak mengikat harta kekayaan tersebut, sebaliknya, perbuatan badan hukum yang diwakili pengurusnya tidak mengikat harta kekayaan anggota-anggotanya.[175]

Unsur kekayaan yang terpisah dan tersendiri dari pemilikan subjek hukum lain, merupakan unsur yang paling pokok dalam suatu badan untuk disebut sebagai badan hukum (*legal entity*) yang berdiri sendiri. Unsur kekayaan yang tersendiri itu merupakan persyaratan penting bagi badan hukum yang bersangkutan (i) sebagai alat baginya untuk mengejar tujuan pendirian atau pembentukannya. Kekayaan tersendiri yang dimiliki badan hukum itu; (ii) dapat menjadi objek tuntutan dan sekaligus menjadi; (iii) objek jaminan bagi siapa saja atau pihak-pihak lain dalam mengadakan hubungan hukum dengan badan hukum yang bersangkutan.[176]

Dengan adanya unsur keterpisahan harta ini, maka siapa saja yang menjadi pemilik, pendiri dan pengurus badan hukum serta pihak-pihak lain yang berhubungan dengan badan hukum yang bersangkutan, haruslah benar-benar memisahkan antara unsur pribadi beserta hak milik pribadi, dengan institusi dan harta kekayaan badan hukum yang bersangkutan. Karena itu, perbuatan hukum pribadi orang yang menja-

[175] Riduan Syahrani, *Op. cit.*, hlm. 61.
[176] Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 71.

di anggota atau pengurus badan hukum itu dengan pihak ketiga tidak mempunyai akibat hukum terhadap harta kekayaan badan hukum yang sudah terpisah tersebut.

Menurut Arifin P. Soeria Atmadja,[177] kekayaan badan hukum yang terpisah itu, membawa akibat antara lain:

1) Kreditur pribadi para anggota badan hukum yang bersangkutan tidak mempunyai hak untuk menuntut harta kekayaan badan hukum tersebut;
2) Para anggota pribadi tidak dapat menagih piutang badan hukum terhadap pihak ketiga;
3) Kompensasi antara utang pribadi dan utang badan hukum tidak dimungkinkan;
4) Hubungan hukum, baik persetujuan maupun proses antara anggota dan badan hukum, dilakukan seperti halnya antara badan hukum dan pihak ketiga;
5) Pada kepailitan, hanya para kreditur badan hukum dapat menuntut harta kekayaan yang terpisah.

d. Badan Hukum Memiliki Tujuan Tertentu dan Kepentingan Sendiri

- **Memiliki Tujuan Tertentu**

Badan hukum memiliki tujuan tertentu dapat berupa tujuan yang idiil maupun tujuan komersial yang merupakan tujuan tersendiri daripada badan hukum. Jadi bukan tujuan untuk kepentingan satu atau beberapa orang anggotanya. Usaha untuk mencapai tujuan tersebut dilakukan sendiri oleh badan hukum dengan diwakili oleh organnya. Tujuan yang hendak dicapai itu lazimnya dirumuskan dengan jelas dan tegas dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan.

Setiap badan hukum dipersyaratkan memiliki tujuan tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Tujuan badan hukum dapat berupa tujuan yang bersifat ideal tertentu, ataupun tujuan yang relatif lebih praktis yang bersifat komersial atau yang berkaitan dengan keuntungan. Misalnya, badan hukum dapat berorientasi mencari keuntungan (*profit-oriented*) atau tidak mencari keuntungan (*nonprofit-oriented*). Tujuan-tujuan itu haruslah merupakan tujuan badan hukum sebagai institusi yang terpisah dari tujuan-tujuan yang bersifat pribadi dari para pendirinya ataupun pengurusnya. Karena itu, tujuan-tujuan institusi badan hukum ini sangat penting dirumuskan dengan

[177] Arifin P. Soeria Atmadja, *Op. cit.*, hlm. 124.

jelas, sehingga upaya-upaya yang perlu dilakukan untuk mencapainya juga menjadi jelas.[178]

Tujuan dari badan hukum tersebut merupakan tujuan tersendiri dari badan hukum, sehingga tujuan badan hukum bukan merupakan tujuan pribadi dari seorang atau beberapa orang anggota organ badan hukum. Usaha mencapai tujuannya dilakukan sendiri oleh badan hukum sebagai subjek hukum yang mempunyai hak dan kewajiban sendiri dalam pergaulan hukum (*rechtsbetrekkingen*). Mengingat badan hukum hanya dapat bertindak melalui perantaraan organnya, perumusan tujuan hendaknya ditetapkan dengan tegas dan jelas. Dengan demikian, tidak menimbulkan penafsiran yang dapat menyulitkan kedudukannya sebagai badan hukum serta sangat penting bagi organ itu sendiri maupun pihak ketiga dalam hubungan antara badan hukum dengan dunia luar. Demikian pula hal ini memudahkan pemisahan apakah tindakan organ masih dalam batas-batas kewenangannya ataukah berada di luarnya, sehingga badan hukum tidak bertanggung jawab terhadap tindakan anggota organ badan hukum tersebut.[179]

Kejelasan hubungan antara usaha dan tujuan itulah yang nantinya akan menentukan lingkup kompetensi atau kewenangan badan hukum itu sendiri sebagai subjek hukum dalam dinamika lalu lintas hubungan-hubungan hukum. Kejelasan ini penting, karena badan hukum hanya dapat bertindak melalui perantaraan organ-organ jabatan yang ada di dalamnya, di mana pemegang jabatan-jabatan itu pada akhirnya adalah orang perorang pengurusnya atau anggotanya. Dengan adanya kejelasan lingkup kompetensi itu, tentu akan mudah untuk membedakan mana perbuatan yang bersifat pribadi dari pengurusnya dan mana perbuatan yang merupakan perbuatan badan hukum itu sebagai subjek hukum (*rechtspersoon*).

- **Memiliki Kepentingan Sendiri**

Setiap badan hukum dipersyaratkan harus memiliki kepentingan sendiri dalam lalu lintas hukum. Sebagai akibat adanya kekayaan yang tersendiri dan tujuan serta aktivitas tersendiri, maka badan hukum (*rechtspersoon*) juga mempunyai kepentingan-kepentingan subjektif yang tersendiri pula dalam pergaulan hukum. Kepentingan-kepentingan subjektifnya itu sendiri dilindungi oleh hukum, sehingga setiap badan hukum dapat mempertahankan kepentingannya itu terhadap pihak lain dalam pergaulan hukum (*rechtsbetrekking*).

[178] Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 72.
[179] Jimly Asshiddiqie, *Ibid.*, hlm. 129.

Badan hukum mempunyai kepentingan sendiri yang dilindungi oleh hukum. Kepentingan-kepentingan tersebut merupakan hak subjektif sebagai akibat dari peristiwa hukum. Oleh karena itu, badan hukum mempunyai kepentingan sendiri dan menuntut serta mempertahankannya terhadap pihak ketiga dalam pergaulan hukumnya. Kepentingan sendiri dari badan hukum ini harus stabil, artinya tidak terikat pada suatu waktu yang pendek, tetapi untuk jangka waktu yang panjang.[180]

Setiap badan hukum dalam usaha mencapai tujuannya mempunyai kepentingan tersendiri yang merupakan hak subjektif sebagai akibat dan peristiwa hukum yang dilindungi oleh hukum. Oleh sebab itu, badan hukum dapat menuntut dan mempertahankan kepentingannya terhadap pihak ketiga dalam pergaulan hukum. Mengenai kepentingan badan hukum, Meijers berpendapat kepentingan badan hukum menghendaki adanya suatu kestabilan karena kepentingan yang tidak stabil, seperti organisasi pengumpulan dan untuk bencana alam yang bersifat temporer tidak dapat dikatakan sebagai badan hukum, meskipun dana yang terkumpul oleh panitia bukan merupakan milik panitia, karena organisasi dan pekerjaannya hanya untuk waktu yang singkat saja mengingat tidak memiliki kepentingan yang stabil atau permanen, organisasi panitia tidak memenuhi salah satu syarat untuk menjadi badan hukum.

e. Tanggung Jawab Perbuatan Badan Hukum

Badan hukum adalah subjek hukum yang tidak berjiwa seperti manusia, sehingga badan hukum tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum sendiri, melainkan diwakili oleh orang-orang manusia biasa, namun orang-orang ini bertindak bukan untuk dirinya sendiri, tetapi untuk atas nama badan hukum, orang-orang ini bertindak tetapi untuk atas nama badan hukum ini disebut organ (alat perlengkapan seperti pengurus, direksi dan sebagainya) dari badan hukum yang merupakan unsur penting dari organisasi badan hukum itu.

Badan hukum bukanlah makhluk hidup sebagaimana halnya manusia. Badan hukum kehilangan daya berpikir, kehendaknya, dan tidak mempunyai "*centraal bewustzijn*". Oleh karena itu, ia tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum sendiri. Ia harus bertindak dengan perantaraan orang-orang biasa (*naturlijke personen*), tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya atau untuk dirinya saja, melainkan untuk dan atas pertanggungan-gugat badan hukum.[181]

[180] Riduan Syahrani, *Op. cit.*, hlm. 62.
[181] Ali Rido, *Op. cit.*, hlm. 15.

Ali Rido[182] mengungkapkan kemampuan hukum dari badan hukum, menurutnya karena badan hukum tidak termasuk kategori manusia, maka tidak dapat memperoleh semua hak, tidak dapat menjalankan semua kewajiban, tidak dapat melakukan semua perbuatan hukum yang dapat dilakukan oleh manusia.

1) Kemampuan hukum atau kekuasaan hukum dari badan hukum dalam lapangan hukum harta kekayaan pada dasarnya menunjukkan persamaan penuh dengan manusia selain secara tegas dikecualikan oleh undang-undang, badan hukum dapat membuat perjanjian, mempunyai hak pakai, mempunyai hak cipta, merek, paten dan dapat melakukan tindakan melanggar hukum (Pasal 1365 KUH Perdata), badan hukum juga dapat memakai nama. Pembatasan kemampuan hukum kekayaan ialah hak pakai badan hukum tidak lebih dari tiga puluh tahun.
2) Dalam hukum keluarga dalam arti sempit badan hukum sama sekali tidak dapat bergerak. Di luar hukum kekayaan, badan hukum dapat menjadi wali.
   Pasal 365 KUH Perdata mengatakan:

   > "Dalam segala hal, bilamana hakim harus mengangkat seorang wali, maka perwalian itu boleh diperintahkan kepada suatu yayasan atau Lembaga amal yang bertempat kedudukan di Indonesia, kepada suatu yayasan atau lembaga amal yang bertempat berkedudukan di sini pula, yang mana menurut anggaran dasarnya, akta-akta pendiriannya atau reglemen-reglemennya berusaha memelihara anak-anak belum dewasa untuk waktu yang lama".

   Berbeda juga dengan manusia, badan hukum tidak dapat meninggal dunia akibat bubarnya badan hukum, harta kekayaannya tidak berpindah kepada ahli warisnya sebagaimana pada manusia. Karena badan hukum bukan manusia, maka badan hukum tidak mempunyai ahli waris (Pasal 830 KUH Perdata) dan tidak dapat membuat surat wasiat sebagaimana manusia (Pasal 895 KUH Perdata).
3) Mengenai penghinaan terhadap badan hukum terdapat dua pendapat yang berbeda. Menurut pendapat Paul Scholten, dalam hukum keperdataan mungkin saja sejauh mengenai kehormatan dan nama baik dari badan hukum yang dilancarkan dengan sengaja. Karena pada akhirnya berlaku pula bagi manusia yang dilukai dan dihina kehormatan dan nama baiknya, yaitu pengurus dan korporasi juga anggota-anggotanya. Dapat dilakukan penuntutan berdasar-

[182] *Ibid.*, hlm. 10-14.

kan Pasal 1365 KUH Perdata. Namun Keputusan Mahkamah Agung di Negeri Belanda (H.R.) dalam keputusannya tanggal 16 Februari 1891 (W.6083), menetapkan bahwa penghinaan dalam hukum pidana tidak mungkin selain terhadap manusia. Dengan putusan ini berarti Pasal 310 KUH Pidana tidak berlaku bagi badan hukum. Dasar yang dipakai ialah Undang-undang dari tanggal 16 Mei 1929, S.34 Pasal 2.

Bagaimana organ dari badan hukum itu berbuat dan apa saja yang harus diperbuatnya serta apa saja yang tidak boleh diperbuatnya, semua ini lazimnya ditentukan dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan maupun dalam peraturan-peraturan lainnya. Dengan demikian, organ badan hukum tersebut tidak dapat berbuat sewenang-wenang, tetapi dibatasi sedemikian rupa oleh ketentuan-ketentuan atau peraturan-peraturan intern yang berlaku dalam badan hukum itu, baik yang termuat dalam anggaran dasar maupun peraturan lainnya.

Tindakan organ badan hukum yang melampaui batas-batas yang telah ditentukan, tidak menjadi tanggung jawab badan hukum, tetapi menjadi tanggung jawab pribadi organ yang bertindak melampaui batas itu, kecuali tindakan itu menguntungkan badan hukum, atau organ yang lebih tinggi kedudukannya kemudian menyetujui tindakan itu. Dan persetujuan organ yang kedudukannya lebih tinggi ini harus masih dalam batas-batas kompetensinya.[183]

Hal ini sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam Pasal 1656 BW yang menyatakan:

> "Segala perbuatan, untuk mana para pengurusnya tidak berkuasa melakukannya, hanyalah mengikat perkumpulan sekadar perkumpulan itu sungguh-sungguh telah mendapat manfaat karenanya atau sekadar perbuatan-perbuatan itu terkemudian telah disetujui secara sah".

Kemudian Pasal 45 KUH Dagang menyatakan:

(1) Tanggung jawab pengurus adalah tak lebih dari pada untuk menunaikan tugas yang diberikan kepada mereka dengan sebaik-baiknya; mereka pun karena segala perikatan dari perseroan, dengan diri sendiri tidak terikat kepada pihak ketiga.
(2) Sementara itu, apabila mereka melanggar sesuatu ketentuan dalam akta, atau tentang perubahan yang kemudian diadakannya mengenai syarat-syarat pendirian, maka, atas kerugian yang karenanya telah diderita oleh pihak ketiga, mereka itu pun masing-masing dengan diri sendiri bertanggung jawab untuk seluruhnya.

[183] Riduan Syahrani, *Op. cit.,* hlm. 64.

Jadi jelas dalam hal organ bertindak di luar wewenangnya, maka badan hukum tidak dapat dipertanggungjawabkan atas segala akibatnya, tetapi organlah yang bertanggung jawab secara pribadi terhadap pihak ketiga yang dirugikan. Dus badan hukum yang semula diwakili organ itu tidak terikat dan tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban oleh pihak ketiga. Lain halnya kalau organ itu bertindak masih berada dalam batas-batas wewenang yang diberikan kepadanya, meskipun terjadi kesalahan yang dapat dikatakan perbuatan melanggar hukum (*onrechtsmatige daad*), badan hukum tetap bertanggung jawab menurut Pasal 1365 BW. Demikian pendapat sebagian besar ahli-ahli hukum, seperti Paul Scholten.[184]

E. HUKUM KELUARGA

Istilah hukum keluarga berasal dari terjemahan *Familierecht* (Belanda) atau *law of familie* (Inggris). Dalam konsep Ali Afandi,[185] hukum keluarga diartikan sebagai keseluruhan ketentuan yang mengenai hubungan hukum yang bersangkutan dengan kekeluargaan sedarah, dan kekeluargaan karena perkawinan (perkawinan, kekuasaan orangtua, perwalian, pengampuan, keadaan tak hadir).

Ada dua hal penting dari konsep Ali Afandi tersebut, bahwa hukum keluarga mengatur hubungan yang berkaitan dengan kekeluargaan sedarah dan kekeluargaan karena perkawinan. Kekeluargaan sedarah adalah pertalian keluarga yang terdapat antara beberapa orang yang mempunyai keluhuran yang sama. Adapun kekeluargaan karena perkawinan adalah pertalian keluarga yang terdapat karena perkawinan antara seorang dengan keluarga sedarah dengan istri (suaminya).[186]

Tahir Mahmud, mengartikan hukum keluarga sebagai prinsip-prinsip hukum yang diterangkan berdasarkan ketaatan beragama berkaitan dengan hal-hal yang secara umum diyakini memiliki aspek religius menyangkut peraturan keluarga, perkawinan, perceraian, hubungan dalam keluarga, kewajiban dalam rumah tangga, warisan, pemberian mas kawin, perwalian, dan lain-lain.[187] Definisi Tahir Mahmud tersebut, pada dasarnya mengkaji dua sisi, yaitu tentang prinsip hukum dan ruang lingkup hukum. Adapun ruang lingkup kajian hukum keluarga

[184] *Ibid.,* hlm. 65.

[185] Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian Menurut KUH Perdata,* Jakarta: Bina Aksara, hlm. 93.

[186] Titik Triwulan Tutik, *Op. cit.,* hlm. 73.

[187] Salim H. S., *Op. cit.,* hlm. 55.

meliputi peraturan keluarga, kewajiban dalam rumah tangga, warisan, pemberian mas kawin, perwalian, dan lain-lain. Apabila diperhatikan, definisi ini terlalu luas, karena menyangkut warisan, yang dalam hukum perdata BW merupakan bagian dari hukum benda.

Dalam definisi ini setidaknya memuat dua hal penting yaitu, kaidah hukum dan substansi (ruang lingkup) hukum. Kaidah hukum meliputi hukum keluarga tertulis dan hukum keluarga tidak tertulis. Hukum keluarga tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang bersumber dari undang-undang, traktat, dan yurisprudensi. Hukum keluarga tidak tertulis merupakan kaidah-kaidah hukum keluarga yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam kehidupan masyarakat. Misalnya, *mamari* dalam masyarakat Sasak. Adapun ruang lingkup yang menjadi kajian hukum keluarga meliputi perkawinan, perceraian, harta benda dalam perkawinan, kekuasaan orangtua, pengampuan, dan perwalian.

Berdasarkan definisi tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa hukum keluarga pada dasarnya merupakan keseluruhan kaidah hukum baik tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur hubungan hukum yang timbul dari ikatan keluarga yang meliputi:

1. Peraturan perkawinan dengan segala hal yang lahir dari perkawinan;
2. Peraturan perceraian;
3. Peraturan kekuasaan orangtua;
4. Peraturan kedudukan anak;
5. Peraturan pengampuan (*curatele*);
6. Peraturan perwalian (*voogdij*).

Hukum perdata Barat mengandung prinsip bahwa hukum keluarga pada berbagai ketentuannya pada hakikatnya erat hubungannya dengan tata tertib umum. Dengan demikian, maka segala tindakan yang bertentangan dengan ketentuan itu adalah batal demi hukum.

Dalam konsepsi hukum pedata Indonesia telah diadakan pernyataan bahwa hukum perdata Barat (BW) tidak lagi dianggap sebagai undang-undang yang mutlak berlaku. Ada beberapa pertimbangan yang melandasi ketentuan tersebut antara lain:

1. Ada tendensi bahwa BW mengaju pada alam liberalisme, sehingga perlu ditinggalkan dan menuju alam sosialisme Indonesia;
2. Maklumat Mahkamah Agung tentang tidak berlakunya sementara ketentuan karena tidak sesuai lagi dengan perubahan zaman dan bersifat diskriminatif;
3. Menjadikan jati diri bangsa Indonesia yang pluralitis, sehingga ber-

beda jauh dengan kondisi alam Barat. Misalnya, dengan keberlakuan hukum Islam dan hukum adat.[188]

Pada dasanya sumber hukum keluarga dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu sumber hukum keluarga tertulis dan sumber hukum perdata tidak tertulis. Sumber hukum keluarga tidak tertulis merupakan norma-norma hukum yang tumbuh dan berkembang serta ditaati oleh sebagian besar masyarakat atau suku bangsa yang hidup di wilayah Indonesia. Adapun sumber hukum keluarga tertulis berasal dari berbagai peraturan perundang-udangan, yurisprudensi, dan perjanjian (traktat).

Sumber hukum keluarga tertulis yang menjadi rujukan di Indonesia meliputi: (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*); (2) Peraturan Perkawinan Campuran (*Regelijk op de Gemengdebuwelijk*), Stb. 1898-158; (3) Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen Jawa, Minahasa, dan Ambon (*Huwelijke Ordonnnantie Christen Indonesiers*), Stb. 1933 -74; (4) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak,dan Rujuk (beragama Islam); (5) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; (6) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; (7) Peraturan Pemeritah Nomor 10 Tahun 1983 jo. Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil; dan (8) Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam di Indonesia yang berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam.[189]

1. Kekuasaan Orangtua

Seorang anak sah sampai ia mencapai usia dewasa *dewasa atau kawin,* berada di bawah kekuasaan orangtuanya *selama kedua orangtua itu terikat dalam hubungan perkawinan.* Dengan demikian, kekuasaan orangtua itu mulai berlaku sejak lahirnya anak atau (dalam halnya anak luar kawin yang disahkan). Oleh karena itu, kekuasaan orangtua adalah kekuasaan yang dilakukan oleh ayah dan ibu selama mereka itu terikat dalam perkawinan terhadap anak-anaknya yang belum dewasa. Demikian isi dari Pasal 299. Menurut Pasal 300 kekuasaan orangtua itu biasanya dilakukan oleh si ayah.

Jika bapak berada di luar kemungkinan melakukan kekuasaan itu yang melakukan kekuasaan adalah si ibu.[190]

[188] Ali Afandi, *Op. cit.,* hlm. 91.
[189] Titik Triwulan Tutik, *Op. cit.,* hlm. 75-76.
[190] Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian,* Jakarta: PT Rineka-

Selanjutnya Pasal 240 memuat ketentuan bahwa setelah adanya keputusan perpisahan meja dan ranjang, hakim harus memutuskan siapa di antara orangtua harus melakukan kekuasaan orangtua terhadap anak. Di dalam hal ini bisa juga kekuasaan orangtua dilakukan si ibu.

Mengenai pengertian "belum dewasa" perlu diperhatikan pasal berikut ini:

> Pasal 330
> Orang yang belum dewasa adalah orang yang belum mencapai umur 21 tahun dan belum pernah kawin. jka ia pernah kawin, dan ia masih belum mencapai umur 21 tahun ia tidak kembali dalam kedudukannya sebagai orang belum dewasa.

Jadi inti dari pasal di atas adalah:

a. Belum mencapai umur 21 tahun.
b. Belum kawin.

Kembali berbicara tentang kekuasaan orangtua, dari kekuasaan itu diatur dalam Pasal 298-310. Isi dari kekuasaan orangtua itu dibagi menjadi dua bagian:

a. Kekuasaan terhadap pribadi seorang anak;
b. Kekuasaan terhadap kekayaan anak.

Tentang kekuasaan tentang pribadi seorang anak terdapat ketentuan dalam Pasal 298 dan 301, di mana: "Tiap anak berapa pun umurnya, wajib menghormat dan menyegani orangtuanya. Orangtua wajib memelihara dan mendidik semua anak yang belum dewasa." Adapun kekuasaan terhadap harta kekayaan anak terdapat ketentuan-ketentuan yang termuat dalam Pasal 307-318. Perlu perhatikan bahwa pada Pasal 307 menyatakan bahwa orang yang memegang kekuasaan orangtua harus mengurus harta kekayaan si anak.[191]

2. Perwalian

Anak yang *belum mencapai umur 18 tahun* atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang *tidak berada di bawah kekuasaan orangtua*, berada di bawah kekuasaan wali. Pewalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya (Pasal 30 UU Perkawinan).[192]

---

cipta,1997, hlm. 155.

[191] *Ibid.* hlm. 155.

[192] Subekti, *Op. cit.*, hlm. 18.

Yang dimaksud perwalian adalah pengawasan terhadap pribadi dan pengurusan harta kekayaan seorang anak yang belum dewasa jika anak itu tidak berada di tanah kekuasaan orangtua. Jadi dengan demikian anak yang orangtuanya telah bercerai atau jika salah satu dari mereka atau semua meninggal dunia, berada di bawah perwalian. Terhadap anak di luar kawin, maka karena tidak ada kekuasaan orangtua anak itu selalu di bawah perwalian.

Anak yang berada di bawah perwalian disebut pupil, dan di sini ada tiga jenis perwalian:

a. Perwalian menurut undang-undang.
   Dijelaskan dalam Pasal 345, bahwa: "Jika salah satu orangtua meninggal maka perwalian demi hukum dilakukan oleh orangtua yang masih hidup terhadap anak kawin yang belum dewasa." Dan Pasal 351: "Jika yang jadi wali itu si ibu dan ibu ini kawin lagi maka suaminya menjadi kawan wali."
b. Perwalian dengan wasiat.
   Menurut Pasal 355 ditentukan bahwa tiap orangtua yang melakukan kekuasaan orangtua, atau perwalian, berhak mengangkat seorang wali bagi anaknya, jika perwalian itu berakhir pada waktu ia meninggal dunia atau berakhir dengan penetapan hakim. Perwalian seperti ini dapat dilakukan dengan surat wasiat atau dengan akta notaris.
c. Perwalian datif.
   Apabila tiada ada wali menurut undang-undang atau wali dengan wasiat, oleh hakim ditetapkan seorang wali (Pasal 359). Jika seandainya telah diputuskan suatu perceraian, maka demikian tiada ada lagi kekuasaan orangtua, dan salah seorang dari orangtua harus ditetapkan sebagai wali.

Jika kedua orangtua semuanya dipecat dari kekuasaan orangtua, maka hakim juga harus menetapkan seorang wali. Menurut ketentuan dalam Pasal 365 jika hakim harus menetapkan seorang wali, maka ia dapat juga menetapkan sebagai wali, suatu perkumpulan yang berbadan hukum, suatu yayasan atau lembaga yang bertujuan memelihara anak-anak belum dewasa.

Menurut Pasal 306 harus ada wali pengawas dan ini dilakukan oleh Balai Harta Peninggalan. Selain dari Balai Harta Peninggalan masih ada juga suatu badan, yang disebut Dewan Perwakilan, yang anggotanya sebagian besar terdiri dari anggota Balai Harta Peninggalan, yang tudasnya mengurusi anak yang dipercayakan kepadanya (416a).

Ketentuan-ketentuan itu sudah diatur dalam Stbld No. 166. Tentang siapa yang dapat ditetapkan sebagai wali ada ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

a. Pasal 332: Tiap orang wajib menerima penetapan sebagai wali, kecuali beberapa orang yang boleh mengajukan keberatan.
b. Pasal 332a: seorang yang diangkat sebagai wali oleh salah satu dari kedua orangtua; seorang perempuan yang bersuami. Keberatan ini harus dinyatakan di kepaniteraan pegadilan negeri.
c. Pasal 347: orang-orang yang berada di luar negeri dengan tugas pemerintah, anggota-anggota ketentaraan dan angkatan laut; Orang-arang yang bertugas Pemerintah di luar Karesidenan mereka.
d. Pasal 379: Ini mengenai orang yang sama sekali tidak boleh menjadi wali, di antaranya:
   - Pejabat-pejabat pengadilan,
   - Orang yang sakit ingatan,
   - Orang yang belum dewasa,
   - Orang yang di bawah pengampuan,
   - Orang yang di pecat yang kekuasaan orangtua atau perwalian,
   - Para anggota pimpinan Balai Harta Peninggalan.[193]

Isi dari suatu perwalian ialah sebagaimana juga di dalam hal kekuasaan orangtua, ada dua rupa, yaitu: (1) tugas yang mengenai pribadi anak yang di bawah perwalian dan (2) pengurusan harta kekayaan si anak. Tentang tugas mengenai pribadi seorang anak menurut Pasal 383, maka itu terdiri dari perawatan dan pendidikan anak itu dan juga perwalian di muka pengadilan.

Pengurusan harta kekayaan si anak, terdapat ketentuan-ketentuan seperti berikut:

a. Pasal 335: Tiap wali sebagai jaminan atas pengurusan, harta kekayaan si anak, di dalam waktu 1 bulan setelah perwaliannya mulai barjalan, harus mengadakan tanggungan yang berupa ikatan tanggungan (borg), hipotik atau gadai.
b. Pasal 386: Wali harus mengadakan daftar perincian dari barang kekayaan si anak, di dalam waktu 10 hari setelah mulai perwaliannya berjalan yang harus dihadiri oleh wali pengawas (Balai Harta Peninggalan). Hal-hal tersebut di atas adalah merupakan jaminan, bahwa harta kekayaan si anak dapat pengurusan yang baik.

[193] Ali Afandi, O*p. cit.,* hlm. 157-158.

Selanjutnya hal-hal yang dapat dan tidak dapat dilakukan adalah seperti berikut:

a. Pasal 389: Wali harus menjual semua perabotan rumah tangga, dan barang bergerak lainnya yang tidak memberikan hasil, yang jatuh kepada si anak.
b. Pasal 390: keharusan menjual tadi tidak berlaku jika perwalian itu dilakukan si ayah atau si ibu yang berhak atas hak petik hasil harta kekayaan si anak, untuk kemudian memberikan barang itu kepada si anak.
c. Pasal 396: wali untuk kepentingan si anak tidak boleh meminjam uang, menjual atau menggadaikan barang tak bergerak dari si anak, dan tidak boleh juga ia menjual surat berharga dan piutang, kalau tidak dengan izin pengadilan.
d. Pasal 395: Di dalam hal penjualan barang tak bergerak itu di izinkan oleh pengadilan maka penjual itu harus dilakukan di muka umum.
e. Pasal 400: Wali tidak boleh menyewa atau mengambil dalam hak usaha (*pacht*) barang-barang si anak untuk kepentingan diri sendiri tanpa izin pengadilan.
f. Pasal 401: Wali tidak boleh menerima wrisan yang jatuh pada si anak, kecuali dengan hak istimewa akan pendaftaran harta peninggalan.

Dalam berakhirnya perwalian dapat ditinjau dari dua segi, yaitu: (1) dalam hubungan terhadap dengan keadaan anak; dan (2) dalam hubungan dengan tugas wali.[194] Dalam hubungan terhadap dengan keadaan anak perwalian akan berakhir karena:

- Si anak yang di bawah perwalian telah dewasa (*meenderjarig*);
- Si anak (*meenderjarig*) meninggal dunia;
- Timbulnya kembali kekuasaan orangtuanya (*ouderlijkkemacth*); dan
- Pengesahan seorang anak luar kawin.

Adapun dalam hubungan dengan tugas wali, maka perwalian akan berakhir karena:

- wali meninggal dunia;
- dibebaskan atau dipecat dari perwalian (*ontzettng of ontheffing*); dan
- ada alasan pembebasan dan pemecatan dari perwalian (Pasal 380 BW).

[194] *Ibid.,* hlm. 91.

Syarat utama untuk dipecat (*otzet*) sebagai wali, ialah karena disandarkan pada kepentingan *minderjarige* itu sendiri.

Pada setiap perwaliannya, seorang wali wajib mengadakan perhitungan tanggung jawab penutup. Perhitungan ini dilakukan dalam hal:

a. Perwalian yang sama sekali dihentikan, yaitu kepada *minderjarige* atau kepada ahli warisnya
b. Perwalian yang dihentikan karena diri (*persoon*) wali, yaitu kepada yang menggantinya dan
c. *Minderjarige* yang sudah berada di bawah perwalian, kembali lagi berada di bawah kekuasaan orangtua, yaitu kepada bapak atau ibu *minderjarige* itu (Pasal 409 BW).

3. Pengampuan

Dalam KUH Perdata (BW) ada ketentuan-ketentuan tentang apa yang dinamakan "pengampuan" (*curatele*) yang tentunya hanya berlaku bagi mereka yang tunduk pada KUH Perdata (BW).

Orang yang sudah dewasa tetapi dungu, sakit otak, atau mata gelap harus ditaruh di bawah pengampuan, sekalipun terkadang ia cakap menggunakan pikirannya. Seorang dewasa juga boleh ditaruh di bawah pengampuan karena keborosannya. Setiap keluarga sedarah berhak meminta pengampuan seorang keluarga sedarahnya berdasarkan atas keadaannya: dungu, sakit otak, atau mata gelap. Namun berdasarkan keborosannya, pengampuan itu hannya boleh diminta ole para keluarga sedarahnya.

Akibat ditaruhnya seseorang di bawah pengampuan, perbuatan-perbuatan hukum yang dilakukannya setelah itu semuanya batal demi hukum. Pengadilan akan mengangkat seorang pengampu, sedangkan "pengampu pengawas" adalah Balai Harta Peninggalan.

Pengampuan berakhir apabila sebab-sebab yang mengakibatkannya telah hilang. Acara pembebasan dari pengampuan adalah sama dengan cara yang haru ditempuh sewaktu mengajukan permohonan untuk menaruh orang itu di bawah pengampuan. Pembebasan dari pengampuan itu juga harus dimuat dalam Berita Negara.[195]

4. Adopsi

Adopsi adalah pengangkatan anak oleh seorang dengan maksud untuk menganggapnya anak itu sebagai anaknya sendiri. Di dalam BW hal yang demikian itu tidak mungkin, karena BW memandang suatu

[195] Subekti, *Op. cit.,* hlm. 20.

perkawinan sebagai bentuk hidup bersama bukan untuk mengadakan keturunan. Karena adopsi itu di kalangan bangsa Tionghoa suatu perbuatan hukum yang lazim dilakukan, maka soal adopsi ini mendapat pengaturan sendiri yaitu dalam Stbld. 1917-129 Bab II.

Adapun hal-hal yang penting untuk diperhatikan sebagai berikut:

a. Adopsi dapat dilakukan oleh suami-istri bersama-sama (Pasal 5 ayat [2]).
b. Apabila adopsi dilakukan oleh seorang duda, maka ia harus tidak mempunyai keturunan di dalam garis laki-laki (Pasal 5 ayat [1]).
c. Seorang janda yang tidak kawin lagi dapat mengadakan adopsi, jika dari suaminya yang telah meninggal dunia ia tidak mempunyai keturunan laki-laki (Pasal 5 ayat [3]).
d. Orang yang diadopsi harus berumur paling sedikit 18 tahun lebih muda dari lelaki dan 15 tahun lebih muda dari perempuan bersuami atau janda yang melakukan adopsi (Pasal 7 ayat [1]).
e. Jika yang diadopsi itu seorang keluarga sedarah, maka dengan diadakannya adopsi itu, anak itu harus menduduki derajat keturunan yang sama terhadap leluhurnya yang sama (Pasal 7 ayat [2]) seperti belum diadopsi.
f. Syarat-syarat untuk mengadakan adopsi yaitu (Pasal 8):
    1) Persetujuan yang melakukan adopsi;
    2) Persetujuan orangtua atau ayah atau ibu dari orang yang diadopsi;
    3) Persetujuan dari orang yang diadopsikan sendiri jika ia telah berusia 15 tahun;
    4) Jika adopsi dilakukan oleh seorang janda, maka perlu juga persetujuan dari saudara lelaki yang dewasa dan ayah dari suami yang telah meninggal dunia, dan jika orang-orang ini telah meninggal dunia atau tidak berada di Indonesia, maka harus ada persetujuan dari keluarga laki-laki yang telah dewasa dari pancer ayah suami yang telah meninggal dunia hingga derajat ke-4.
g. Orang yang diadopsi itu, jika ia mempunyai nama keluarga lain daripada orang yang melakukan adopsi, maka ia harus memakai nama keluarga (syekh) yang melakukan adopsi itu (Pasal II).[196]
h. Jika adopsi itu dilakukan oleh suami-istri maka anak yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan mereka, jika yang melakukan adopsi itu seorang duda, maka yang diadopsi itu dianggap lahir

[196] Ali Afandi, *Op. cit.,* hlm. 151.

di dalam perkawinan dengan istri yang telah meninggal.

i. Jika yang melakukan adopsi itu seorang janda, maka orang yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan dengan suami yang telah meninggal dunia (Pasal 12).

j. Dengan adopsi, maka hubungan keperdataan yang berdasarkan kepada keturunan darah antara orang yang diadopsi dengan orangtuanya atau keluarganya sedarah dan semenda terputus kecuali di dalam hal:
   1) Perderajatan di dalam hubungan kekeluargaan sedarah atau semenda sebagai larangan untuk kawin;
   2) Ketentuan-ketentuan di dalam bidang hukum pidana yang berdasarkan keturunan sedarah; (tidak berlakunya pasal-pasal KUHP jika yang melakukan kejahatan itu keluar sendiri. Juga di dalam hal persaksian;
   3) Kompensasi ongkos perkara dan penggelapan;
   4) Pembuktian dengan saksi: (ketentuan-ketentun yang mengenai persaksian keluarga);
   5) Persaksian di dalam membuat akta autentik (Pasal 14).

5. Keadaan Tidak Hadir

Keadaan tidak hadirnya seorang adalah keadaan di mana seorang meninggalkan tempat tinggalnya dan tidak diketahui di mana orang itu berada. Di dalam keadaan seperti ini terdapat ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

a. Tindakan sementara.
   Menurut Pasal 413, jika tidak ditinggalkan suatu kuasa kepada seorang wakil untuk mewakilinya atau mengurusi kepentingannya, dan jika ada alasan yang mendesak, maka atas permintaan yang berkepentingan, atas tindakan jaksa, pengadilan harus memerintahkan kepada Balai Harta Peninggalan untuk mewakilinya atau mengurusi kepentingan orang yang tidak hadir itu.

b. Peryataan tentang dugaan seorang telah meninggal dunia.
   Jika seorang telah sekian lamanya tidak hadir, maka harus diperhatikan apakah ia meninggalkan surat kuasa atau tidak. Kalau ia tidak meninggalkan surat kuasa, maka berlaku ketentuan dalam Pasal 467 yang menentukan, bahwa jika keadaan itu telah berlangsung 5 tahun, maka atas permintaan yang berkepentingan ia dengan izin pengadilan dipanggil untuk menghadap di muka pengadilan. Kalau orang itu tidak menghadap maka pengadilan diulangi sampai tiga kali dengan antar waktu tiga bulan.

Jika atas panggilan yang terakhir itu ia tidak menghadap, maka menurut Pasal 468 pengadilan boleh menyatakan orang itu diduga telah meninggal dunia, sejak waktu ia meninggakan tempat tinggalnya, atau kabar terakhir tentang keselamatannya.
Jika ada surat kuasa, maka menurut Pasal 470 waktu tidak hadir itu harus genap 10 tahun, agar supaya pengadilan dapat mengadakan pernyataan dugaan telah meninggalnya seseorang.

Akibat dari pada pernyataan itu adalah bahwa para ahli waris dapat tampil ke muka untuk menuntut haknya, tetapi dengan disertai jaminan agar supaya harta kekayaan berada di dalam pengutusan yang baik.

Demikian ini untuk menghadapi kemungkinan bahwa yang tidak hadir itu datang kembali. Harta warisan dapat dibagi-bagi. Terhadap ini semua harus diadakan jaminan atau tanggungan yang harus disahkan oleh pengadilan. Surat-surat wasiat dapat juga dibuka. Demikian isi Pasal 472.

Dalam pasal-pasal lain juga diterangkan, sebagai berikut:

a. Pasal 473: Jika tanggungan tidak dapat diberikan, maka harta-harta peninggalan harus diurus oleh pihak ketiga.
b. Pasal 474: Terhadap harta peninggalan itu para waris mempunyai hak petik hasil.
c. Pasal 476: Jika yang tak hadir pulang kembali, maka mereka yang telah menerima barang kekayaannya dalam penguasaan atau pengurusan harus melakukan perhitungan, pertanggungjawaban dan penyerahan kepada orang yang pulang kembali tadi.

F. HUKUM PERIKATAN

Perikatan berasal dari bahasa Belanda "*verbintenis*" atau bahasa Inggris "*binding*," yang dalam bahasa Indonesia selain diterjemahkan sebagai "perikatan," juga ada yang menerjemahkan sebagai "perutangan."[197] Adapun menurut Subekti mendefinisikan bahwa suatu perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain itu berkgwajiban untuk memenuhi tuntutan tersebut.[198]

Menurut Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, tiaptiap perikatan itu dilahirkan dari perjanjian dan undang-undang.

Kata "undang-undang" di sini mempunyai arti baik secara formil

[197] Sri Soedewi Masjhoen Sofran, *Op. cit.*, hlm. 23.
[198] Subekti, *Hukum Perjanjian*, cetakan ke-40, PT Intermasa, 1980, hlm. 27.

maupun secara materil meskipun sesungguhnya kata undang-undang itu terjemahan dari bahasa Belanda *wet*, namun dapat diartikan baik menurut peraturan (hukum) tertulis maupun tidak tertulis.

Dalam perikatan minimal ada dua pihak, pihak kesatu sebagai pihak yang berkewajiban sebagai pihak yang berhak. Konsekuensinya, bila suatu prestasi dalam perikatan tidak dilaksanakan oleh yang berkewajiban atau sebaliknya, maka secara hukum pihak yang dirugikan dapat menuntut pemenuhan janji itu secara paksa atau menuntut ganti rugi.[199]

Pasal 1381 KUH Perdata menentukan beberapa penyebab hapusnya perikatan, yaitu:

1. Pembayaran;
2. Penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
3. Pembaruan utang;
4. Perjumpaan utang atau kompensasi;
5. Percampuran utang;
6. Pembebasan utangnya;
7. Musnahnya barang yang terutang;
8. Kebatalan atau pembatalan
9. Berlakunya suatu syarat batal, yang diatur dalam bab kesatu KUH Perdata;
10. Lewatnya waktu.

Selain sebab-sebab hapusnya perikatan yang ditentukan oleh Pasal 1381 KUH Perdata tersebut, ada beberapa penyebab lain untuk hapusnya suatu perikatan, yaitu:

1. Berakhirnya suatu ketetapan waktu dalam suatu perjanjian;
2. meninggalnya salah satu pihak dalam perjanjian, misalnya meninggalnya pemberi kuasa atau penerima kuasa (Pasal 1813 KUH Perdata);
3. meninggalnya orang yang memberikan perintah;
4. karena pernyataan pailit dalam perjanjian maatschap;
5. adanya syarat yang membatalkan perjanjian.[200]

[199] *Ibid.*, hlm. 81.

[200] P.N.H. Simanjuntak, *Op. cit.*, hlm. 234.

G. HUKUM WARIS

1. Pengertian Hukum Waris

Istilah hukum waris (Barat) berasal dari bahasa Belanda, yaitu *erfrecht*. Pengaturan hukum waris terdapat dalam Pasal 830-1130 KUH Perdata dan ditempatkan dalam Buku II tentang benda, dengan alasan:

a. Hak mewaris diidentikkan dengan hak kebendaan sebagaimana diatur dalam Pasal 528 KUH Perdata.
b. Hak waris sebagai salah satu cara untuk memperoleh hak kebendaan, yang dirumuskan dalam Pasal 584 KUH Perdata.

Penempatan hukum waris dalam buku II KUH Perdata tersebut di atas, menimbulkan reaksi di kalangan para ahli hukum. Para ahli hukum berpendapat, bahwa dalam hukum waris tidak hanya terdapat aspek hukum benda saja, tetapi terdapat juga aspek-aspek yang lainnya, meskipun tidak dapat disangkal bahwa sebenarnya hukum waris termasuk dalam hukum harta.[201]

Dalam KUH Perdata, tidak ditemukan pengertian tentang hukum waris. Pasal 830 KUH Perdata pada intinya hanya menyebutkan bahwa hukum waris adalah hukum yang mengatur kedudukan hukum harta kekayaan seseorang setelah ia meninggal dunia, terutama berpindahnya harta kekayaan seseorang itu kepada orang lain.[202] Pengertian hukum waris hanya dikemukakan oleh beberapa ahli hukum dan hukum lainnya.

Beberapa pengertian hukum waris, antara lain menurut:

Hukum kodifikasi

Hukum waris berupa perangkat ketentuan hukum yang mengatur akibat-akibat hukum umumnya di bidang hukum harta kekayaan karena kematian seseorang, yaitu pengalihan harta yang ditinggalkan si mati beserta akibat-akibat pengasingan tersebut bagi para penerimanya, baik dalam hubungan antar mereka maupun antar mereka dengan pihak ketiga.

Subekti

Hukum waris adalah peraturan yang mengatur perpindahan kekayaan seseorang meninggal dunia kepada satu atau beberapa orang lain.

Vollmar

Hukum waris adalah peraturan yang mengatur akibat-akibat hukum dari kematian seseorang terhadap harta kekayaan.

---

[201] Surini Ahlan Sjarif dan Nurul Elmiyah, *Hukum Kewarisan Perdata Barat.Pewarisan Menurut Undang-Undang*, Jakarta: Kencana-PrenadaMedia Group, 2006, hlm. 9.

[202] CST Kansil dan Christine ST Kansil, *Op. cit.*, h.143.

Kompilasi Hukum Islam (Inpres No. 1 Tahun 1991), Pasal 171 huruf a.

> Hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta penunggalan (tirkah) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagian masing-masing.

Subjek hukum waris dalam KUH Perdata hanya berlaku bagi mereka yang tunduk atau menundukan diri kepada KUH Perdata. Mereka yang tunduk kepada KUH Perdata, khususnya mengenai hukum waris ialah warga negara Indonesia keturunan Tionghoa dan Eropa, imbas dari pluralisme yang ditimbulkan Pasal 35-37 dan 66 UUP.

Hukum waris sama halnya dengan hukum perkawinan merupakan bidang hukum yang sensitif atau rawan. Keadaan inilah yang mengakibatkan sulitnya diadakan unifikasi di bidang hukum waris. Unifikasi yang menyeluruh dalam perkawinan khususnya yang berkaitan dengan hukum waris tidak mungkin dicapai.

Berdasarkan beberapa pengertian hukum waris tersebut, dapat ditarik tiga unsur dalam pewarisan.

Pertama, pewaris.

Pewaris adalah orang yang meninggal dunia secara alamiah sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 830 KUH Perdata, tetapi dalam praktiknya orang yang meninggal dunia secara yuridis pun harta warisannya sudah dapat dibagi-bagi dengan persyaratan tertentu.

Kedua, harta warisan.

Dalam KUH Perdata yang dapat diwarisi ahli waris meliputi semua hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari pewaris.

Dengan demikian ahli waris menggantikan hak dan kewajiban seseorang yang meninggal. Pada umumnya yang digantikan adalah hanya hak dan kewajiban di bidang hukum kekayaan saja. Kekayaan berupa keseluruhan aktiva dan pasiva yang ditinggalkan pewaris dan berpindah kepada para ahli waris. Keseluruhan kekayaan yang berupa aktiva dan pasiva yang menjadi milik bersama ahli waris disebut boedel. Harta peninggalan selain berupa hak-hak kebendaan yang nyata ada, dapat juga berupa tagihan-tagihan atau piutang-piutang dan dapat juga berupa sejumlah utang-utang yang melibatkan pihak ketiga (hak perorangan).

Selain pernyataan di atas, terdapat juga hak dan kewajiban di bidang hukum kekayaan yang tidak beralih, misalnya:[203]

[203] Surini Ahlan Sjarif dan Nurul Elmiyah, *Op. cit.*, hlm. 8.

a. Hubungan kerja atau hak dan kewajiban dalam bidang hukum kekayaan yang sifatnya sangat pribadi, mengandung prestasi yang kaitannya sangat erat dengan pewaris. Contoh: hubungan kerja pelukis, pematung, sebagaimana diatur dalam Pasal 1601 dan Pasal 1318 KUH Perdata.
b. Keanggotaan dalam perseorangan, sebagaimana diatur dalam Pasal 1646 ayat (4) KUH Perdata.
d. Pemberian kuasa berakhir dengan meninggalnya orang yang memberi kuasa, diatur dalam Pasal 1813 KUH Perdata.
e. Untuk menikmati hasil orangtua/wali atas kekayaan anak yang di bawah kekuasaan orangtua atau di bawah perwalian, berakhir dengan meninggalnya si anak, diatur dalam Pasal 314 KUH Perdata.
f. Hak pakai hasil berakhir dengan meninggalnya orang yang memiliki hak tersebut, diatur dalam Pasal 807 KUH Perdata.

Sebaliknya, ada juga hak dan kewajiban di bidang hukum keluarga yang ternyata dapat diwariskan, misalnya:[204]

a. Hak suami untuk menyangkal keabsahan anak, ternyata dapat dilanjutkan oleh para ahli warisnya, sebagaimana diatur dalam pasal 257 jo. Pasal 252 jo. Pasal 259 KUH Perdata,
b. Hak untuk menuntut keabsahan anak dapat pula dilanjutkan oleh para ahli warisnya, kalau tuntutan tersebut sudah diajukan oleh anak yang menuntut keabsahan, yang sementara perkaranya berlangsung telah meninggal dunia. Hal-hal yang diatur dalam Pasal 269, 270, dan Pasal 271 KUH Perdata, secara garis besar menetapkan bahwa seorang anak dapat mewujudkan tuntutan agar ia oleh pengadilan dinyatakan sebagai anak yang sah.

Sementara hak dan kewajiban yang bersifat pribadi atau yang bersikap hukum keluarga (misalnya suatu perwalian) tidaklah beralih.

Ketiga, ahli waris.

Ahli waris adalah anggota keluarga orang yang meninggal dunia yang menggantikan kedudukan pewaris dalam bidang hukum kekayaan karena meninggalnya pewaris, baik karena penunjukkan undang-undang maupun karena pewasiatan.

Orang yang mewaris disebut pewaris (*erflater*), orang yang menerima warisan karena hubungan darah yang ditentukan dalam undang-undang disebut ahli waris (*erfgenaam*), sedangkan orang yang menerima warisan karena wasiat disebut waris berwasiat (*legataris*) dan bagian

[204] *Ibid.*

warisan yang diterima oleh *legataris* disebut *legaat*.

Tetapi tidak mutlak semua ahli waris berhak menerima harta warisan dari pewaris. Ada lima alasan ahli waris tidak berhak mendapatkan warisan dari pewaris, yaitu:

a. Membunuh/mencoba membunuh pewaris (Pasal 838 KUH Perdata)
b. Menfitnah/mengajukan pengaduan terhadap pewaris melakukan kejahatan dengan ancaman hukuman di atas 5 tahun (Pasal 838 ayat (2) KUH Perdata).
c. Orang tersebut memaksa untuk membuat/menggugurkan surat wasiat (Pasal 838 ayat (3) KUH Perdata).
d. Orang tersebut menggelapkan, merusak, memalsukan surat wasiat pewaris (Pasal 838 ayat (4) KUH Perdata).
e. Menolak untuk menjadi ahli waris (Pasal 1057 KUH Perdata).

2. Pewarisan

Pewarisan terjadi karena dua hal, yaitu karena ditunjuk undang-undang (*ab-intestaat*) dan wasiat (*ad-testamento*)

a. Undang-undang (Ab-intestaat)

Pewarisan menurut undang-undang ialah pembagian warisan kepada orang-orang yang ditunjuk lansung oleh undang-undang, baik karena mempunyai hubungan darah yang terdekat dengan pewaris maupun karena terjadinya perkawinan dengan si pewaris. Hubungan kekeluargaan sampai derajat tertentu yang berhak menerima warisan oleh undang-undang

Pada pewarisan menurut undang-undang terdapat pengisian tempat (*plaatsvervulling*) artinya apabila ahli waris yang berhak langsung menerima warisan, telah mendahului meninggal dunia atau karena sesuatu hal dinyatakan tidak patut menjadi ahli waris; maka anak-anaknya berhak menggantikan menjadi ahli waris dan demikianlah seterusnya.

Apabila si pewaris yang meninggal dunia tidak meninggalkan keturunan, suami atau istri maupun saudara-saudara, maka terjadilah pecah dua (*kloving*), artinya warisan harus dibagi dalam dua bagian yang sama, yaitu satu bagian untuk sekalian keluarga sedarah menurut garis pancar bapak lurus ke atas dan satu bagian lain untuk keluarga yang sama garis pancar ibu.

Berdasarkan uraian di atas disimpulkan bahwa kewarisan berdasarkan penunjukan undang-undang terjadi karena:

1) Haknya sendiri.
2) Penggantian. Syarat-syarat penggantian, yaitu:

- Yang diganti mati terlebih dahulu dari pewaris;
- Yang mengganti adalah keturunan sah dari yang diganti;
- Yang mengganti adalah anak dari orang yang berada di samping orang-orang yang berhak lainnya.

b. Wasiat (Testamen)

Dalam Pasal 875 KUH Perdata yang dimaksud wasiat **(**testamen) adalah suatu akta yang memuat pernyataaan seseorang tentang apa yang dikehendaki agar terjadi setelah ia meninggal dunia, dan olehnya dapat dicabut kembali.

Pewarisan berdasarkan wasiat merupakan pembagian warisan kepada orang-orang yang berhak menerima warisan atas kehendak terakhir (wasiat) si pewaris. Wasiat itu harus dinyatakan dalam bentuk tulisan misalnya dalam akta notaris (warisan *testamenter*).

Unsur-unsur testamen terdiri dari:

1) Akta, artinya testamen yang harus dibuat dalam bentuk akta (tertulis). Jadi dapat dibuat dalam bentuk akta autentik dan akta di bawah tangan;
2) Pernyataan kehendak, artinya pernyataan kehendak terakhir dari si pembuat testamen dan merupakan tindakan hukm sepihak (jadi hukum merupakan perjanjian) karena testamen tidak ada kata sepakat.
3) Apa yang akan terjadi setelah ia meninggal dunia. Artinya testamen berlaku setelah si pembuat surat wasiat telah meninggal dunia.
4) Dapat dicabut kembali. Artinya, surat wasiat itu dapat dicabut kembali oleh si pembuat surat wasiat, pada saat masih hidup.

Adapun bentuk-bentuk surat wasiat, di antaranya:

1) Olografis, adalah surat wasiat yang seluruhnya harus ditulis dan ditandatangani sendiri oleh *testateur* (pembuat wasiat) kemudian dibawa ke notaris yang disaksikan dua saksi, kemudian notaris membuat surat penyimpanan surat wasiat itu (akta van depot).
2) Surat wasiat umum adalah surat wasiat yang dibuat oleh *testateur* di hadapan notaris atas pembimbing notaris.
3) Surat wasiat rahasia adalah surat wasiat yang dibuat dan ditandatangani sendiri oleh *testateur* kemudian dibawa ke notaris dalam keadaan tertutup (tersegel).

H. PANDANGAN ISLAM TENTANG HUKUM PERDATA

1. Hukum Perkawinan Menurut Agama Islam

Hukum perkawinan dalam Islam disebut dengan fikih munakahat, yang mengatur segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan, perceraian serta akibat-akibatnya.

Menurut istilah hukum Islam perkawinan disebut dengan "pernikahan" yaitu ikatan atau akad yang sangat kuat. Di samping itu, perkawinan juga tidak terlepas dari unsur menaati perintah Allah dan melaksanakannya juga bernilai *ubudiyah* (ibadat).[205] Hal senada juga dikemukakan oleh Ahmad Azhar Basyir bahwa "nikah" ialah melakukan akad atau perjanjian untuk mengikatkan diri antara seorang laki-laki dan wanita untuk menghalalkan hubungan kelamin antara kedua belah pihak, dengan dasar sukarela dan keridhaan kedua belah pihak untuk mewujudkan suatu kebahagiaan hidup berkeluarga yang diliputi rasa kasih sayang dan ketenteraman dengan cara-cara yang diridhai oleh Allah Swt.[206] Adapun ayat-ayat yang berkaitan dengan kehalalan hubungan seksual, kerelaan kedua belah pihak dan sebagainya tertera dalam kalam Ilahi dalam surah *an-Nisaa'* (4) ayat 24:

وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا

Dan (diharamkan juga kamu mengawini) wanita yang bersuami, kecuali budak-budak yang kamu miliki. (Allah telah menetapkan hukum itu), sebagai ketetapan-Nya atas kamu. Dan dihalalkan bagi kamu, selain yang demikian, (yaitu) mencari istri-istri dengan hartamu untuk dikawini, bukan untuk berzina. Maka istri-istri yang telah kamu nikmati (campur) di antara mereka, berikanlah kepada mereka maharnya (dengan sempurna), sebagai suatu kewajiban; dan tiadalah mengapa bagi kamu, terhadap sesuatu yang kamu telah saling merelakannya, sesungguhnya, Allah Maha Mengetahui, lagi Maha Bijaksana.[207]

Kehalalan hubungan seksual dan kemitraan suami istri ditegaskan pula dalam Al-Qur'an pada surah *al-Baqarah* ayat 187 sebagai berikut:

أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ

[205] Mohammad Daud Ali, *Hukum*, hlm. 5.

[206] Titik Triwulan Tutik, *Op. cit.*, hlm.108.

[207] Departemen Agama RI, *Al Qur'an dan Terjemah Kata Perkata*, Bandung: Syaamil Al-Qur'an, 2007, hlm. 82.

أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلا تَقْرَبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ

Dihalalkan bagi kamu pada malam hari puasa, bercampur dengan istri-istri kamu, mereka itu adalah pakaian, dan kamu pun adalah pakaian bagi mereka. Allah mengetahui bahwasanya kamu tidak dapat menahan nafsumu, karena itu Allah mengampuni kamu dan memberi maaf kepadamu. Maka sekarang campurilah mereka, dan carilah apa yang telah ditetapkan Allah untukmu, dan makan minumlah, hingga terang bagimu benang putih dari benang hitam, yaitu fajar. Kemudian sempurnakanlah puasa itu sampai malam, (maka) janganlah kamu campuri mereka itu, sedang kamu (banyak-banyaklah) beri'tikaf dalam masjid. Itulah larangan Allah, maka janganlah kamu mendekatinya. Demikianlah Allah menerangkan ayat-ayat-Nya kepada manusia, supaya mereka bertakwa.[208]

Dan surah *ar-Ruum* ayat 21:

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

Dan di antara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah Dia menciptakan untukmu istri-istri dari jenismu sendiri supaya kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda bagi kaum yang berpikir.[209]

Berdasarkan ayat-ayat Al-Qur'an di atas, hikmah nikah antara lain menyalurkan naluri seksual, jalan mendapatkan keturunan yang sah, penyaluran naluri kebapakan dan keibuan, dorongan untuk bekerja keras, pengaturan hak dan kewajiban dalam rumah tangga dan menghubungkan silaturahmi antara keluarga suami-istri.[210]

Dalam hukum Islam dalam perkawinan adalah *sunnatullah*, maka dianggap sah jika memenuhi rukun dan syarat nikah, sebagai berikut:

a. Rukun nikah, ada lima yaitu:
   1) Ada calon suami. Calon suami biasanya selalu ada dalam upacara pernikahan tetapi dalam keadaan tertentu (sangat darurat) boleh diwakili oleh orang lain dalam ijab kabul;
   2) Ada calon istri. Calon istri biasanya hadir dalam upacara pernikahannya.

[208] *Ibid.*, hlm. 29.
[209] *Ibid.*, hlm. 406.
[210] H. Djamaan Nur, *Fiqih Munakahat*, Semarang: Toha Putera, 1993), hlm. 10.

3) Ada wali; yang menjadi wali adalah yang mempunyai hubungan darah dengan calon pengantin wanita (wali nasab), tetapi dalam keadaan tertentu (darurat) wali nasab dapat digantikan oleh wali hakim;
4) Ada dua saksi. Dalam pelaksanaan perkawinan harus dihadiri minimal dua orang saksi yang memenuhi syarat. Menurut pendapat umum walaupun rukun-rukun lainnya terpenuhi, apabila tidak ada saksi yang menghadirinya maka pernikahan tersebut dianggap tidak sah;
5) Ada ijab kabul. Ijab menurut arti katanya adalah menawarkan tanggung jawab, sedangkan kabul artinya menerima tanggung jawab tersebut. Dalam pengertian hukum perkawinan, ijab artinya penegasan kehendak untuk mengikatkan diri dalam ikatan perkawinan dari pihak wanita, sedangkan kabul adalah penegasan penerimaan pengikatan diri itu oleh pengantin pria. Penegasan penerimaan itu harus diucapkan oleh pengantin pria lansung sesudah ucapan penegasan penawaran dilakukan oleh pihak wanita. Tidak ada jeda waktu yang lama yang mengesankan keragu-raguan. [211]

b. Syarat nikah, ada tiga yaitu:[212]
1) Persetujuan kedua mempelai. Persetujuan ini merupakan syarat mutlak untuk melangsungkan perkawinan. Persetujuan itu harus lahir dari perasaan dan pikiran kedua calon pengantin, tanpa tekanan atau paksaan. Bila kedua calon pengantin tidak menyatakan persetujuannya untuk menikah, perkawinan tidak dapat dilangsungkan;
2) Mahar (maskawin). Menurut hukum Islam, mahar adalah hak mutlak calon pengantin perempuan dan calon calon pengantin laki-laki memberikan sebelum akad nikah dilangsungkan. Bentuknya bermacam-macam. Pelaksanannya dapat tunai, dapat diutangkan. Mahar yang diberikan pengantin laki-laki menjadi milik mutlak pengantin perempuan. Mahar adalang lambang penghalalan hubungan suami-istri dan lambang tanggung jawab pengantin pria terhadap pengantin wanita yang kemudian menjadi istrinya;
3) Tidak boleh melanggar larangan perkawinan.

[211] Mohammad Daud Ali dan Habibah Daud, *Lembaga-lembaga Islam di Indonesia*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1995, hlm. 72.
[212] *Ibid.*, hlm. 72-76.

Larangan perkawinan secara perinci dan tegas disebutkan dalam Al-Qur'an pada surah *al-Baqarah, an-Nisaa',* dan surat-surat lain. Pengelompokannya sebagai berikut:

a. Larangan perkawinan karena perbedaan agama.
   Larangan ini ditujukan kepada laki-laki sebagaimana disebutkan dalam surah *al-Baqarah* (2) ayat 221. Dalam ayat tersebut ditegaskan bahwa laki-laki muslim tidak boleh mengawini wanita musyrik sebelum ia beriman, juga laki-laki muslim tidak boleh mengawinkan laki-laki musyrik dengan perempuan beriman (bertauhid) sebelum laki-laki musyrik itu beriman (yang sama) pula. Sebab,wanita dan pria yang musyrik itu akan membawa pasangannya ke neraka (menurut istilah Al-Qur'an), sedangkan tuhan akan membawa pria dan wanita beriman itu ke arah kebaikan dan keampunan. Dalam surah *al-Maaidah* (5) ayat 5, Tuhan membolehkan laki-laki muslim mengawini wanita *ahlul kitab*, yaitu menurut pendapat umum, wanita Yahudi dan Nasrani. Namun mengenai kebolehan laki-laki mengawini wanita *ahlul kitab* ini, para ahli hukum Islam ada yang berpendapat bahwa untuk kepentingan kesatuan imam dalam keluarga dan untuk kepentingan pendidikan anak-anak, kebolehan yang berbentuk kewenangan itu, sebaiknya tidak digunakan oleh laki-laki muslim. Bahkan ada yang tegas mengharamkan. Alasannya, rumah tangga yang didirikan oleh orang-orang yang berbeda agama, menurut pengalaman, lebih rapuh dibandingkan dengan rumah tangga yang didirikan oleh orang-orang seiman, seagama.[213]
   Larangan ditujukan kepada wanita muslim untuk kawin dengan laki-laki nonmuslim disebutkan di berbagai ayat, di antaranya QS. *al-Baqarah* (2) ayat 21, yakni larangan kawin dengan laki-laki musyrik, QS. *al-Mumtahanah* (60) ayat 10: larangan kawin dengan laki-laki kafir, dan secara tersirat dalam QS. al-Maidah (5) ayat 5 larangan kawin dengan laki-laki *ahlul kitab*, yakni laki-laki yang beragama Yahudi dan Nasrani.
b. Larangan perkawinan karena hubungan darah.
   Larangan ini dirinci dalam QS. *an-Nisaa'* (4) ayat 23 yang antara lain larangan mengawini: (1) ibu, (2) anak perempuan, (3) saudara perempuan, (4) saudara perempuan ibu, (5) saudara perempuan ayah, (6) anak perempuan saudara laki-laki, dan (7) anak perempuan saudara perempuan.
c. Larangan perkawinan karena adanya hubungan kekeluargaan yang

[213] *Ibid.*

disebabkan karena perkawinan.
Larangan ini disebutkan dalam QS. *an-Nisaa'* (4) ayat 32. Dalam ayat ini ditegaskan larangan: (1) mengawini mertua perempuan; (2) anak tiri perempuan, yaitu anak istri yang telah dicampuri yang berada dalam pemeliharaan seseorang; (3) menantu perempuan; (4) dua wanita bersaudara; dan (5) ibu tiri yaitu wanita-wanita yang pernah dinikahi oleh ayah (QS. *an-Nisaa'* [4]: 22).

d. Larangan perkawinan karena hubungan sepersusuan.
Larangan ini disebutkan dalam QS. *an-Nisaa'* (4): 32, lanjutan ayat di atas. Dalam ayat ini dengan jelas ditegaskan larangan mengawini: (1) Ibu susu, yaitu wanita yang menyusukan seseorang sewaktu ia kecil; (2) saudara sepersusuan yaitu orang yang pernah menyusu pada ibu susu yang sama. Hubungan sepersusuan ini, menurut Al-Qur'an, dekat sama dengan hubungan darah. Karena itu perkawinan antara perkawinan antara orang-orang yang mempunyai hubungan darah sepersusuan dilarang.

e. Larangan bagi wanita, yaitu larangan poliandri.
Larangan ini tersirat dalam QS. *an-Nisaa'* (4) ayat 24. Dalam ayat ini disebutkan larangan bagi laki-laki untuk mengawini perempuan yang sedang bersuami. Kalau larangan ini dilihat dari sudut perempuan (sebaliknya), maka ini berarti bahwa wanita dilarang mempunyai suami lebih dari seorang atau poliandri. Sebab, dalam hukum perkawinan dan kewarisan Islam, soal kemurnian keturunan sangatlah penting dan menentukan. Artinya, keturunan atau hubungan darah seseorang itu harus jelas benar jalurnya. Karena itu, darah anak yang dikandung oleh seseorang haruslah murni. Darah tersebut hanya dapat dihubungkan dengan darah seorang laki-laki saja sebagai ayahnya, tidak (bercampur) dengan beberapa darah laki-laki lain.

Dalam Pasal 8 Undang-Undang Perkawinan Indonesia disebutkan larangan-larangan perkawinan antara dua orang (a) behubungan darah dalam garis keturunan lurus ke bawah dan ke atas; (b) berhubungan darah dalam keturunan menyamping, yaitu antara saudara, antara seorang dengan saudara orangtua dan antara seorang dengan saudara neneknya; (c) berhubungan semenda yaitu mertua, anak tiri, menantu dan ibu/bapak tiri; (d) berhubungan susuan; (e) berhubungan saudara dengan istri atau sebagai bibi atau kemenakan dari istri, dalam hal seorang suami istri lebih dari seorang; dan (f) mempunyai hubungan yang oleh agamanya atau peraturan lain yang berlaku dilarang kawin. Larangan-

larangan perkawinan dalam Pasal 8 Undang-Undang Perkawinan ini sesuai dengan ajaran Islam.

2. Perkawinan Menurut UU No. 1 Tahun 1974

UU No. 1 Tahun 1974 terdiri 14 Bab dan 67 pasal yang hanya mengatur hal-hal pokok saja tentang dasar, syarat, pencegahan, batalnya perjanjian, putusnya perkawinan, serta akibatnya, kedudukan anak, perwalian, ketentuan lain, peralihan, dan ketentuan penutup. Untuk kelancaran pelaksanaan UU No. 1 Tahun 1974 dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975.

Pengertian perkawinan menurut Pasal 1 UU No. 1 Tahun 1974 sebagai berikut:

> Perkawinan ialah ikatan batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Antara pengertian perkawinan menurut KUH Perdata dengan UU No. 1 Tahun 1974 terdapat perbedaan menyolok, yaitu dalam KUH Perdata aspek keagamaan bisa diabaikan dan juga menganut asas monogami mutlak (Pasal 27 KUH Perdata), sedangkan UU No. 1 Tahun 1974 sangat memperhatikan aspek keagamaan dan tidak menganut asas monogami mutlak.

Ketidakmutlakan asas monogami dalam UU No. 1 Tahun 1974 dapat dilihat dalam Pasal 3 ayat (1) dan (2), untuk dapatnya seorang laki-laki mempunyai seorang istri lebih dari seorang diatur dalam Pasal 4 ayat (2), yaitu:

(1) Istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai istri.
(2) Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan.
(3) Istri tidak dapat melahirkan.

Di samping itu, ketika mengajukan permohonan izin beristri lebih dari seorang kepada pengadilan agama, ia harus juga membuktikan:

a. Adanya persetujuan dari istri atau istri-istri;
b. Ada kepastian bahwa ia mampu menjamin keperluan hidup istri-istri serta anak-anaknya; dan
c. Ada jaminan bahwa suami itu akan berlaku adil terhadap istri-istri serta anak-anaknya.

Peluang yang diberikan bagi laki-laki tersebut sebagai pintu ter-

akhir untuk menyelesaikan masalah-masalah yang tidak teratasi dengan satu (1) istri.

Ketidakmutlakan monogami dalam UU No. 1 Tahun 1974 sejalan dengan asas perkawinan dalam hukum Islam. Asas tersebut terdapat dalam QS. *an-Nisaa'* (4) ayat 3 yang (terjemahannya) antara lain berbunyi:

> "... jika kamu takut tidak dapat berlaku adil (terhadap istri-istrimu jika kamu beristri lebih dari seorang), kawinilah seorang wanita saja ... (sebab) kawin dengan seorang wanita saja lebih baik bagimu agar kamu tidak berbuat aniaya."[214]

Ayat tersebut menunjukkan nasihat atau anjuran Tuhan (Islam) agar laki-laki sebaiknya beristrikan seorang wanita saja, karena beristri lebih dari seorang wanita berpotensi membuat suami berlaku curang, aniaya, dan sewenang-wenang terhadap istri-istri atau anak-anaknya. Monogami adalah asas hukum Islam, sedangkan poligami hanya pengecualian (dibolehkan, bukan dianjurkan) sebagai jalan atau pintu darurat untuk keluar dari kesulitan rumah tangga atau terdapat suatu keadaan mendesak, tujuan-tujuan yang baik tetapi dengan syarat-syarat yang berat.

Perbedaan lainnya antara KUH Perdata sebagai hukum yang bersumber dari hukum Barat, suami adalah pemegang kekuasaan atas istri (*marital*) dan istri harus tunduk dan patuh pada suami, dengan demikian setiap perbuatan hukum yang akan dilakukan oleh istri harus diwakili oleh suaminya. Demikian yang tertuang dalam KUH Perdata, tetapi mungkin dalam praktik adalah sebaliknya.

Hal ini di sebabkan kaidah hukum keluarga bersifat mengatur dan hukum yang bersifat memaksa tidaklah merupakan sebenarnya (esensial), walaupun dalam pasal 106 KUH Perdata dan pasal-pasal lainnya menegaskan bahwa istri harus tunduk dan patuh pada suaminya.

[214] Departemen Agama RI, *Op. cit.*, hlm. 7.

6

HUKUM TATA NEGARA

A. PENGERTIAN HUKUM TATA NEGARA

Sebagaimana pendefinisian tentang hukum dalam studi ilmu hukum secara umum bahwa telah terjadi *deviation* oleh para ahli dalam mendefinisikan tentang hukum, begitu juga dalam studi hukum tata negara, para ahli mengalami *deviation.* Adapun berbagai definisi hukum tata negara menurut para ahli akan diuraikan berikut ini.

Menurut Van Vollenhoven,[215] hukum tata negara mengatur semua masyarakat hukum atasan dan masyarakat hukum bawahan menurut tingkatannya dan dari masing-masing itu menentukan wilayah lingkungan rakyatnya dan akhirnya menentukan wilayah lingkungan rakyatnya dan akhirnya menentukan badan-badan dan fungsinya masing-masing yang berkuasa dalam lingkungan masyarakat hukum situ, serta menentukan susunan dan wewenangnya dari badan-badan tersebut.[216]

Sebagai murid dari Oppenheim yang terkenal dengan ajaran negara dalam keadaan tidak bergerak untuk menunjukkan kepada hukum tata negara dan negara dalam keadaan bergerak untuk hukum administrasi negara, van Vollenhoven mengikuti jejaknya.

---

[215] Jimly Ashiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid I, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006, hlm. 24.

[216] Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, cet. VII, Jakarta: PT Budi Chaniago, 1988, hlm. 24.

Tata negara membicarakan masyarakat hukum atasan dan bawahan dan hubungannya menurut hierarki serta hak dan kewajibannya masing-masing. Kesemuanya ini menunjukkan negara dalam keadaan statis.

Menurut Paul Scholten, hukum tata negara itu tidak lain adalah *het recht dat regelt de staatsorganisatie*, atau hukum yang mengatur mengenai tata organisasi negara. Dengan rumusan demikian, Scholten hanya menekankan perbedaan antara organisasi negara dari organisasi non-negara, seperti gereja dan lain-lain.

Scholten sengaja membedakan antara hukum tata negara dalam arti sempit sebagai hukum organisasi negara di satu pihak dengan hukum gereja dan hukum perkumpulan perdata di pihak lain dengan kenyataan bahwa kedua jenis hukum yang terakhir itu tidak memancarkan otoritas yang berdiri sendiri, melainkan suatu otoritas organisasi negara.[217] Jika yang diatur adalah maka hukum yang mengaturnya itulah yang disebut sebagai hukum tata negara (*constitutional law*). Mengenai hubungan antara organisasi negara dengan warga negara, seperti mengenai soal hak asasi manusia, belum dipertimbangkan oleh Paul Scholten.

Menurut Logemann,[218] hukum tata negara adalah hukum yang mengatur organisisi negara. Menurut Logemann jabatan merupakan pengertian yuridis dari fungsi adalah pengertian yang bersifat sosiologis karena negara merupakan organisasi yang terdiri atas fungsi-fungsi dalam hubungannya satu dan yang lainnya serta keseluruhannya, maka dalam arti yuridis, negara merupakan organisasi dari jabatan-jabatan.

Definisi dari Logemann ini sebenarnya melanjutkan pendapat dari van Vollenhoven dengan pengertian, bahwa hukum tata negara itu meliputi *persoonsieer* dan *gebiedsleer*.

Adapun Apeldoorn menyatakan,[219] hukum negara dalam arti sempit menunjukkan orang-orang yang memegang kekuasaan pemerintahan dan batas-batas kekuasaannya. Apeldoorn memakai istilah hukum negara dalam arti sempit yang sama artinya dengan istilah hukum tata negara dalam arti sempit, adalah untuk membedakannya dengan hukum negara dalam arti luas yang meliputi hukum tata negara dan hukum administrasi negara itu sendiri. Apeldoorn tidak banyak membicarakan tentang hukum tata negara kecuali hanya mengenai tugas, hak

[217] Lihat: Asser-Scholten, "*Algemeen Deel*", cet. ke-2, 1934, hlm. 42, dalam J.H.A. Logemann, *Over de Theorie van Eeen Stellig Staatsrecht* (1948), diterjemahkan menjadi *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif*, Jakarta: Ichtiar Baru-Van Hoeve, 1975, hlm. 88.

[218] Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 26.

[219] Lihat: Apeeldorn, *Op. cit.*, hlm. 240.

dan kewajiban alat-alat perlengkapan nagara dan tidak menyinggung tentang kewarganegaraan maupun hak asasi manusia.

Menurut Maurice Duverger,[220] hukum konstitusi adalah salah satu cabang dari hukum publik yang mengatur organisasi dan fungsi-fungsi politik suatu lembaga negara.

Seperti di atas telah dijelaskan, Prancis memakai istilah *droit constitutional* untuk hukum tata negara. Dari ilmu pengetahuan hukum sudah diketahui bahwa hukum tata negara adalah bagian dari hukum publik, dan definisi ini hanya menitikberatkan kepada organisasi dan fungsi dari alat perlengkapan negara (lembaga negara).

Adapun menurut Kusumadi Pudjosewojo,[221] dalam bukunya *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, bahwa hukum tata negara adalah "hukum yang mengatur bentuk negara (kesatuan atau federal), dan bentuk pemerintahan (kerajaan atau republik), yang menunjukkan masyarakat hukum yang atasan maupun yang bawahan, beserta tingkatan-tingkatannya (*hierarchie*), yang selanjutnya menegaskan wilayah dan lingkungan rakyat dari masyarakat-masyarakat hukum itu dan akhirnya menunjukkan alat-alat perlengkapan (yang memegang kekuasaan penguasa) dari masyarakat hukum itu, beserta susunan (terdiri dari seorang atau sejumlah orang), wewenang, tingkatan imbangan dari dan antara alat perlengkapan itu."

Definisi yang panjang ini sesungguhnya banyak persamaannya dengan definisi van Vollenhoven. Walaupun ada penambahan mengenai bentuk negara dan bentuk pemerintahan, namun sebagaimana definisi van Vollenhoven, definisi ini juga hanya membicarakan tentang masyarakat hukum, alat perlengkapan negara, wewenangnya, susunan dan hubungan serta tingkatan imbangannya.

Dari definisi itu semuanya dapatlah diketahui bahwa perbedaan pada titik berat yang diletakkan dalam merumuskan hukum tata negara atau perbedaan lingkungan dan mungkin juga pandangan hidup dari para ahli hukum tata negara menyebabkan definisi-definisi tersebut tidak sama; namun demikian dapat ditarik kesimpulan bahwa hampir semua definisi membicarakan tentang organisasi negara dan alat-alat perlengkapan negara, susunan, wewenang dan hubungannya satu dengan yang lainnya.

Menurut Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, bahwa hukum tata negara dapat dirumuskan sebagai sekumpulan peraturan hukum yang mengatur

[220] Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 30.

[221] Kusumadi Pudjosewojo, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, cet. ke-10, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hlm. 86.

organisasi dari pada negara, hubungan antar alat perlengkapan negara dalam garis vertikal dan horizontal, serta kedudukan warga negara dan hak-hak asasinya.[222]

Adapun menurut Mac-Iver, hukum tata negara (*constitutional law*) adalah hukum yang mengatur negara, sedangkan hukum yang oleh negara digunakan untuk mengatur sesuatu selain negara disebut sebagai hukum biasa (*ordinary law*).[223] Baginya hanya ada dua golongan hukum, yaitu hukum tata negara atau *constitutional law* dan hukum yang bukan hukum tata negara, yaitu yang disebutnya sebagai *ordinary law*. Hukum tata negara (*constitutional law*) merupakan hukum yang memerintah negara, sedangkan hukum biasa (*ordinary law*) dipakai oleh negara untuk memerintah.[224]

Menurut A.V. Dicey[225] dalam bukunya *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1952), bahwa istilah hukum konstitusional atau hukum tata negara yang digunakan di Inggris, mencakup semua peraturan yang secara langsung atau tidak langsung memengaruhi distribusi atau dijalankannya kekuasaan tertinggi dalam negara. Selanjutnya menurut Dicey, jadi hukum konstitusional mencakup seluruh aturan yang mendefinisikan anggota pemegang kekuasaan tertinggi, atau anggotanya, menjalankan otoritasnya.[226] Dalam hal ini, Dicey menitikberatkan mengenai persoalan distribusi atau pembagian kekuasaan dan pelaksanaan kekuasaan tertinggi dalam suatu negara.[227]

Setelah mempelajari rumusan-rumusan definisi tentang hukum tata negara dari berbagai sumber tersebut di atas, dapat diketahui bahwa di antara para ahli tidak terdapat kesatuan pendapat mengenai hal ini. Dari pendapat yang beragam itu kita dapat mengetahui bahwa sebenarnya:[228]

1. Hukum tata negara itu adalah ilmu yang termasuk salah satu cabang ilmu hukum, yaitu hukum kenegaraan yang berada di ranah hukum publik;
2. Definisi hukum tata negara telah dikembangkan oleh para ahli se-

[222] Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Op. cit.*, hlm. 29.

[223] Mac Iver, *Op. cit.*, hlm. 225.

[224] *Ibid.* Lihat pula: Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*, (Jakarta: Dian Rakyat, 1989), hlm. 9.

[225] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (Mc Milan & Co., Limited St. Martin's Street, London, 1952. Diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Nurhadi, *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*, Bandung: Nusamedia, 2008, hlm. 117.

[226] Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 35.

[227] Kusnardi dan Ibrahim, *Op. cit.*, hlm. 27.

[228] Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 34.

hingga tidak hanya mencakup kajian mengenai organ negara, fungsi dan mekanisme hubungan antar organ negara itu, tetapi mencakup pula persoalan-persoalan yang terkait dengan mekanisme hubungan antara organ-organ negara itu dengan warga negara;
3. Hukum tata negara tidak hanya merupakan *recht* atau hukum dan apalagi hanya sebagai *wet* atau norma hukum tertulis, tetapi juga adalah *lehre* atau teori, sehingga pengertiannya mencakup apa yang disebut sebagai *verfassungsrecht* (hukum konstitusi) dan sekaligus *verfassungslehre* (teori konstitusi); dan
4. Hukum tata negara dalam arti luas mencakup hukum yang mempelajari negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) dan hukum yang mempelajari negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*).

Oleh sebab itu, menurut Jimly Ashiddiqie,[229] dalam pengertian hukum tata negara itu harus dimasukkan pula faktor konstitusi sebagai objek kajian yang pokok. Konstitusi, baik dalam arti materiel, formil, administratif, ataupun tekstual, dalam arti *collective minds* ataupun dalam arti *civic behavioral realities*, adalah pusat perhatian yang sangat penting dari ilmu hukum tata negara atau *the study of the constitutional law*. Konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat mencakup tiga pengertian, yaitu:

1. *Constitutie in materiele zin* yang dikualifikasikan karena isinya, misalnya berisi jaminan hak asasi, bentuk negara, dan fungsi-fungsi pemerintahan, dan sebagainya;
2. *Constitutie in formele zin* yang dikualifikasikan karena pembuatnya, misalnya oleh MPR; atau
3. Konstitusi dalam arti naskah *Grondwet* sebagai *geschreven document*, misalnya harus diterbitkan dalam lembaran negara, supaya dapat menjadi alat bukti dan menjamin stabilitas satu kesatuan sistem rujukan.[230]

Di samping itu, konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat berupa nilai-nilai dan norma yang terkandung dalam teks konstitusi itu sendiri, ataupun nilai-nilai dan norma yang hidup dalam kesadaran kognitif atau *collective minds* dan perilaku segenap warga negara (*civic behaviors*). Oleh karena itu, menurut Jimly, hukum tata negara itu haruslah diartikan sebagai hukum dan kenyataan praktik yang mengatur tentang:

[229] *Ibid.*, hlm. 35.
[230] Djokosoetono, *Op. cit.*, hlm. 47-48.

1. Nilai-nilai luhur dan cita-cita kolektif rakyat suatu negara.
2. Format kelembagaan organisasi negara.
3. Mekanisme hubungan antar lembaga negara.
4. Mekanisme hubungan antara lembaga negara dan warga negara.

Dengan demikian, ilmu hukum tata negara menurut Jimly Ashiddiqie,[231] dapat dirumuskan sebagai cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis ataupun yang hidup dalam kenyataan praktik kenegaraan berkenaan dengan (i) konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara; (ii) institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya; (iii) mekanisme hubungan antarinstitusi itu; serta (iv) prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dengan warga negara. Keempat unsur dalam definisi hukum tata negara tersebut di atas, pada pokoknya adalah hakikat konstitusi itu sendiri sebagai objek utama kajian hukum tata negara (*constitutional law*). Karena pada dasarnya, konstitusi itu sendiri berisi (i) konsensus antar-rakyat untuk hidup bersama dalam suatu komunitas bernegara dan komunitas kewarganegaraan; (ii) konsensus kolektif tentang format kelembagaan organisasi negara tersebut; dan (iii) konsensus kolektif tentang pola dan mekanisme hubungan antarinstitusi atau kelembagaan negara; serta (iv) konsensus kolektif tentang prinsip-prinsip dan mekanisme hubungan antara lembaga-lembaga negara tersebut dan warga negara.

B. ASAS HUKUM TATA NEGARA

Hukum tata negara adalah sekumpulan peraturan baik tertulis (berwujud perundang-undangan) maupun tidak tertulis (kebiasaan/konvensi) yang mengatur organisasi kekuasaan yang disebut negara, di mana pengaturan tersebut meliputi:[232]

1. Bentuk negara yang dikehendaki;
2. Tata cara pembentukan alat-alat pemegang kekuasaan (alat-alat perlengkapan negara);
3. Wewenang, tugas, fungsi, kewajiban dan tanggung jawab masing-masing alat perlengkapan negara;
4. Hubungan antara alat perlengkapan negara (baik secara horizontal ataupun vertikal);

[231] Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 36.
[232] H. Muchsin, *Ikhtisar Hukum Indonesia,* Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hlm. 45.

5. Hubungan antara organisasi kekuasaan (negara) dan warga negara dan hak asasi manusia.

Pendapat lain menyebutkan bahwa ilmu hukum tata negara dapat dirumuskan sebagai cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis ataupun yang hidup dalam kenyataan praktik kenegaraan berkenaan dengan:[233]

1. Konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara;
2. Institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya;
3. Mekanisme hubungan antar-institusi itu;
4. Prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dan warga negara.

Asas-asas umum yang sering dijumpai dalam hukum tata negara Indonesia antara lain:

1. Asas negara kesatuan yang berbentuk republik, tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) UUD NRI Tahun 1945;
2. Asas kedaulatan rakyat: demokrasi (Pasal 1 ayat [2] UUD NRI Tahun 1945);
3. Asas negara hukum: negara yang berdasarkan hukum, bukan berdasarkan kekuasaan semata (Pasal 1 ayat [3] UUD NRI Tahun 1945).
4. Asas otonomi daerah yang di dalamnya terdapat desentralisasi, dekonsentrasi dan tugas pembantuan;
5. Asas *check and balance* antar-organ negara baik secara internal maupun eksternal;
6. Asas perlindungan hak asasi manusia;
7. Asas keikutsertaan warga negara dalam kehidupan berbangsa dan bernegara;
8. Asas negara kepulauan yang berciri nusantara.

Dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam matakuliah hukum tata negara.

C. SUMBER HUKUM TATA NEGARA

Apakah yang dimaksud dengan “sumber hukum”? Dalam bahasa Inggris, sumber hukum itu disebut *source of law*. Perkataan “sumber hukum” itu sebenarnya berbeda dari perkataan “dasar hukum”, “landas-

[233] Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009, hlm. 29-30.

an hukum", ataupun "payung hukum". Dasar hukum ataupun landasan hukum adalah legal basis atau *legal ground*, yaitu norma hukum yang mendasari suatu tindakan atau perbuatan hukum tertentu sehingga dapat dianggap sah atau dapat dibenarkan secara hukum. Adapun perkataan "sumber hukum" lebih menunjuk kepada pengertian tempat dari mana asal-mula suatu nilai atau norma tertentu berasal.[234]

Seperti dikemukakan di atas, sumber hukum dapat dibedakan antara yang bersifat formal (*source of law in formal sense*) dan sumber hukum dalam arti material (*source of law in material sense*). Bagi kebanyakan sarjana hukum, biasanya yang lebih diutamakan adalah sumber hukum formal, baru setelah itu sumber hukum material apabila hal itu memang dipandang perlu. Sumber hukum dalam arti formal itu adalah sumber hukum yang dikenali dari bentuk formalnya. Dengan mengutamakan bentuk formalnya itu, maka sumber norma hukum itu haruslah mempunyai bentuk hukum tertentu yang bersifat mengikat secara hukum.

Di samping itu, di masing-masing negara, juga berlaku sistem hukumnya secara sendiri-sendiri yang berbeda-beda pula pengertiannya tentang sumber hukum itu. Belum lagi, jika masing-masing negara itu mempunyai tradisi hukum yang berbeda pula satu dengan yang lainnya, maka tentu sumber hukum yang diakui juga berbeda-beda. Misalnya, sistem *common law* lebih mengutamakan asas *precedent* dan doktrin *judge made law*, sehingga yurisprudensi peradilan lebih diutamakan, sedangkan dalam sistem *civil law*, peraturan tertulislah yang lebih penting daripada yang lain.

Khusus dalam bidang ilmu hukum tata negara pada umumnya (*verfassungsrechtslehre*), yang biasa diakui sebagai sumber hukum yaitu:

1. Undang-undang dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis;[235]

[234] *Ibid.*, hlm. 151., *et seq.*

[235] Konstitusi ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis. Konstitusi yang tertulis disebut undang-undang dasar, *grondwet* (Belanda), *grondgezets* (Jerman), atau *droit constitutionnel* (Perancis). Adapun yang tidak tertulis tetap disebut sebagai konstitusi yang tidak tertulis (*onschreven constitutie, unwritten constitution*) yang juga termasuk pengertian *gerund-norms* atau norma dasar atau hukum dasar (*basic principles*). Dalam uraian John Alder di atas, antara *the basic principle* dan general *political* and *moral values* dibedakan satu sama lain. Namun keduanya berada dalam dunia yang sama, yaitu dunia nilai-nilai dan norma yang tidak tertulis dan berisi prinsip-prinsip yang diidealkan dalam perikehidupan bernegara. Prinsip-prinsip yang diidealkan itu dapat berupa sesuatu yang diidealkan secara kognitif (*collective minds*), dan dapat pula dianggap ideal karena memang tecermin dalam pola perilaku nyata (*actual behavioral realities*) dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Dengan demikian, kita dapat membedakan antara (i) pengertian-pengertian norma konstitusi dalam teks (*textually written constitutional rules*); (ii) norma konstitusi dalam pikiran warga negara (*cognitively perceived constitutional rules*); dan (iii) norma konstitusi dalam perilaku nyata

2. Yurisprudensi peradilan;[236]

segenap warga negara (*actually working constitutional rules*). Apa yang dimaksudkan dengan nilai konstitusi yang tidak tertulis itu adalah yang kedua dan yang ketiga, yaitu nilai-nilai dan norma hukum tata negara yang dianggap ideal tetapi tidak tertulis, juga harus diterima sebagai norma konstitusi yang mengikat dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara. Nilai-nilai dan norma yang dimaksud dapat berupa pikiran-pikiran kolektif dan dapat pula berupa kenyataan-kenyataan perilaku yang hidup dalam masyarakat negara yang bersangkutan. Oleh sebab itu, *constitutional rules* di setiap negara berbeda-beda satu dengan yang lain. Meskipun pola konstitusi tertulisnya sama, tetapi karena komunitas kehidupan warganya berbeda, maka tentu *constitutional rules* yang menjadi sumber hukum dalam membuat keputusan-keputusan kenegaraan harus berbeda satu dengan yang lain. Dalam konteks konstitusi tertulis, misalnya, undang-undang dasar merupakan naskah konstitusi yang tertulis dalam satu kodifikasi (*written constitution, schreven constitutie*). Misalnya, Republik Indonesia pernah mempunyai beberapa versi naskah yang berbeda, yaitu: (i) UUD 1945 periode 1: 1945-1949; (ii) Konstitusi RIS Tahun 1949; (iii) UUDS Tahun 1950; (iv) UUD 1945 periode 2: tahun 1959-1999; (v) UUD 1945 periode 3: tahun 1999-2000; (vi) UUD 1945 periode 4: tahun 2000-2001; (vii) UUD 1945 periode 5: tahun 2001-2002; dan (viii) UUD 1945 periode 6: tahun 2002 sampai dengan sekarang. Naskah UUD 1945 dalam kedelapan periode itu berbeda-beda satu dengan yang lain dikarenakan terjadinya perubahan-perubahan. Naskah yang terakhir setelah perubahan keempat tahun 2002 diberi nama resmi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Sesudah Perubahan UUD 1945, maka pada 2011 telah diundangkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang kemudian menjadi sumber rujukan dalam rangka pembentukan peraturan perundang-undangan. Sumber-sumber hukum yang pertama inilah yang disebut di atas sebagai sumber hukum formal, yaitu naskah undang-undang dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis lainnya.

Pada umumnya, hukum tertulis itu merupakan produk legislasi oleh parlemen atau produk regulasi oleh pemegang kekuasaan regulasi yang biasanya berada di tangan pemerintah atau badan-badan yang mendapat delegasi kewenangan regulasi lainnya. Oleh karena itu, bentuknya dapat berupa *legislative acts* seperti undang-undang atau *executive acts* seperti peraturan pemerintah, peraturan presiden, atau peraturan Bank Indonesia, peraturan KPU, KPPU, KPI, dan sebagainya. Demikian pula lembaga-lembaga pelaksana undang-undang lainnya biasa diberi pula kewenangan untuk menetapkan sendiri peraturan-peraturan yang bersifat internal, seperti Mahkamah Agung menetapkan peraturan Mahkamah Agung (PERMA), Mahkamah Konstitusi menetapkan peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK), Badan Pemeriksa Keuangan juga demikian, dan lain sebagainya.

[236] Namun demikian, sekali putusan pengadilan itu benar-benar telah dianggap sebagai yurisprudensi, maka bagi para hakim di pengadilan, statusnya dianggap sebagai salah satu sumber hukum yang mengikat seperti halnya undang-undang. Dalam *sistem common law*, putusan pengadilan inilah yang justru lebih utama sesuai dengan asas preseden. Akan tetapi dalam tradisi *civil law*, putusan pengadilan tidak dianggap paling utama, meskipun tetap dijadikan sebagai salah satu sumber hukum. Tidak semua putusan pengadilan dapat dijadikan referensi yang mengikat. Untuk dapat mengikat sebagai sumber hukum, putusan pengadilan harus lebih dulu memenuhi syarat sehingga diakui sebagai yurisprudensi yang harus pula dibedakan dari istilah yang sama yang biasa ditemukan dalam literatur *common law*. Di Inggris, Amerika, Kanada, dan Australia, istilah *jurisprudence* berarti ilmu hukum. Sebab sejak semula, hukum dalam tradisi Anglo Saxon memang tumbuh dari putusan-putusan pengadilan. Ilmu hukum dikembangkan dengan cara mempelajari kasus-kasus dan putusan pengadilan. Oleh karena itu, lama kelamaan, istilah yurisprudensi di Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris lainnya yang dipengaruhi oleh sistem hukum Anglo Saxon, berkembang dalam pengertian ilmu hukum. Dalam sistem kontinental seperti di Jerman, Perancis, dan Belanda, putusan pengadilan dianggap sebagai salah satu saja dari norma hukum yang dipelajari dan dijadikan sumber hukum. Untuk itu, istilah *jurisprudentie* di Belanda menunjuk kepada pengertian putusan pengadilan yang bersifat tetap

3. Konvensi ketatanegaraan (*constitutional conventions*);[237]

yang kemudian dijadikan referensi bagi hakim lain dalam memeriksa perkara serupa di kemudian hari. Pengertian inilah yang diadopsi ke dalam sistem hukum Indonesia. Seperti dikemukakan di atas, tidak semua putusan pengadilan dapat menjadi atau dianggap sebagai yurisprudensi. Dalam sistem hukum Indonesia, dipersyaratkan bahwa putusan pengadilan itu (i) harus sudah merupakan putusan yang berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijs*); (ii) dinilai baik dalam arti memang menghasilkan keadilan bagi pihak-pihak bersangkutan; (iii) putusan yang harus sudah berulang beberapa kali atau dilakukan dengan pola yang sama di beberapa tempat terpisah; (iv) norma yang terkandung di dalamnya memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku, atau kalaupun ada tidak begitu jelas; dan (v) putusan itu dinilai telah memenuhi syarat sebagai yurisprudensi dan direkomendasikan oleh tim eksaminasi atau tim penilai tersendiri yang dibentuk oleh Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi untuk menjadi yurisprudensi yang bersifat tetap. Untuk diakui sebagai yurisprudensi yang bersifat tetap, putusan pengadilan harus memenuhi kelima persyaratan tersebut secara kumulatif. Lihat, Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 176., *et seq.* Bandingkan dengan Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-kaidah Yurisprudensi*, Jakarta: PrenadaMedia, 2004, hlm.11-12. Baca juga: *Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Mahkamah Agung, 1995.

[237] Sumber selanjutnya adalah konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions* atau terkadang disebut juga *conventions of the constitution*. Lihat: Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004. Konvensi tidak identik dengan kebiasaan. Dengan demikian, konvensi ketatanegaraan juga tidak identik dengan kebiasaan ketatanegaraan. Kebiasaan menuntut adanya perulangan yang teratur, sedangkan konvensi tidak selalu harus didasarkan atas perulangan. Konvensi ketatanegaraan (*the conventions of the constitution*) dapat berbentuk kebiasaan, dapat pula berbentuk praktik-praktik (*practices*) ataupun *constitutional usages*. Terhadap hal ini, yang penting adalah bahwa kebiasaan, kelaziman, dan praktik yang harus dilakukan dalam proses penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis, dianggap baik dan berguna dalam penyelenggaraan negara menurut undang-undang dasar. Oleh karena itu, meskipun tidak didasarkan atas ketentuan konstitusi tertulis, hal itu tetap dinilai penting secara konstitusional (*constitutionally meaningful*). Oleh sebab itu, konvensi ketatanegaraan atau kebiasaan ketatanegaraan semacam itu dianggap harus ditaati sebagai konstitusi juga, yaitu sebagai konstitusi yang tidak tertulis. Tentu, konvensi atau kebiasaan itu sendiri dapat saja diubah. Cara mengubahnya tidak sesulit jika dibandingkan dengan konstitusi yang tertulis. Konvensi ketatanegaraan ataupun kebiasaan ketatanegaraan dapat saja diubah dengan melakukan penyimpangan yang dianggap perlu sebagai konvensi baru yang untuk selanjutnya, setelah dilakukan berulang-ulang, menjadi kebiasaan yang baru pula. Di Indonesia juga dapat ditemukan banyak konvensi ketatanegaraan yang dipraktikkan sejak dulu sampai sekarang. Umpamanya, adanya kebiasaan penyelenggaraan kegiatan pidato kenegaraan presiden pada Rapat Paripurna DPR-RI pada 16 Agustus setiap tahun, baik yang berlaku sejak awal masa pemerintahan Presiden Soeharto maupun yang berlaku sampai dengan sekarang. Di masa pemerintahan Presiden Soekarno, pidato kenegaraan semacam itu dilaksanakan langsung di hadapan rakyat di depan Istana Merdeka setiap tanggal 17 Agustus, sekaligus dalam rangka perayaan hari kemerdekaan. Pidato Presiden Soekarno di depan istana tersebut biasanya disebut sebagai "Amanat 17 Agustus". Beberapa sarjana dan juga Presiden Soekarno sendiri menyatakan bahwa pidatonya itu merupakan bentuk pertanggungjawabannya sebagai pemimpin besar revolusi, bukan sebagai presiden. Namun, setelah masa Orde Baru, pidato kenegaraan tersebut diubah menjadi pidato kenegaraan di depan rapat paripurna DPR-RI, dan fungsinya dikaitkan dengan penyampaian nota keuangan dalam rangka rancangan APBN oleh Presiden kepada DPR-RI. Dengan demikian, fungsi pidato presiden tersebut berubah menjadi pidato yang bersifat lebih teknis, dan bukan lagi sebagai pidato yang bersifat simbolik dan sekaligus kerakyatan, sehingga tepat disebut sebagai pidato kenegaraan yang diadakan khusus satu kali dalam setiap tahun dalam rangka perayaan hari kemerdekaan. Lihat: Jimly Ashidiqie, *Op. cit.*, hlm. 178.

4. Hukum Internasional tertentu;
5. Doktrin ilmu hukum tata negara tertentu.[238]

Dalam kelima sumber hukum tata negara tersebut, tercakup pula pengertian-pengertian yang berkenaan dengan (i) nilai-nilai dan norma hukum yang hidup sebagai konstitusi yang tidak tertulis; (ii) kebiasaan-kebiasaan yang bersifat normatif tertentu yang diakui baik dalam lalu lintas hukum yang lazim; dan (iii) doktrin-doktrin ilmu pengetahuan hukum yang telah diakui sebagai *ius comminis opinio doctorum* di kalangan para ahli yang mempunyai otoritas yang diakui umum. Dalam setiap sistem hukum, ketiga hal ini biasa juga dianggap sebagai sumber hukum yang dapat dijadikan referensi atau rujukan dalam membuat keputusan hukum.

Dalam bukunya *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Albert Venn Dicey menyatakan bahwa:

> "Fakta bahwa aturan yang membentuk hukum konstitusional, sebagaimana istilah yang digunakan di Inggris, menyertakan dua macam prinsip atau aturan dasar dengan ciri yang sama sekali berbeda."[239]

Pertama, dalam pengertiannya yang bersifat *strict* adalah hukum atau *laws* yang diterapkan oleh pengadilan. Peraturan dalam kategori pertama ini, menurut Dicey, mencakup juga semua norma jenis *rules*, yang tertulis atau tidak tertulis (*written or unwritten*), yang ditetapkan dengan undang-undang atau sebagai peraturan tertulis (*enacted by statute*) atau hanya lahir dari adat istiadat yang umum, tradisi, atau prinsip-prinsip yang diciptakan oleh hakim (*derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims*) yang dikenal sebagai *the common laws*.[240]

---

[238] Doktrin ilmu pengetahuan hukum juga dapat dijadikan sumber hukum (*the source of law*), karena pendapat seorang ilmuwan yang mempunyai otoritas dan kredibilitas dapat dijadikan rujukan yang mengikat dalam membuat keputusan hukum. Fatwa atau legal *opinion* merupakan pendapat hukum yang tidak mengikat. Pendapat hukum itu dapat diajukan oleh ilmuwan hukum mengenai sesuatu persoalan atau oleh lembaga negara resmi, seperti Mahkamah Agung, asalkan pengaturan mengenai hal itu memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku. Dalam hal demikian, maka pendapat hukum (*legal opinion*) itu dapat dijadikan rujukan dalam membuat keputusan asalkan memenuhi beberapa persyaratan. Persyaratan dimaksud adalah bahwa (i) ilmuwan yang bersangkutan dikenal dan diakui luas sebagai ilmuwan yang memiliki otoritas di bidangnya dan mempunyai integritas yang dapat dipercaya; (ii) terhadap persoalan yang bersangkutan memang tidak ditemukan dalam peraturan tertulis yang berlaku; (iii) pendapat hukum dimaksud telah diakui keunggulannya dan diterima oleh umum, khususnya di kalangan sesama ilmuwan. Dengan kata lain, pendapat yang bersangkutan sudah menjadi *ius comminis opinion doctorum* atau sudah menjadi prinsip atau pendapat ilmiah yang diterima oleh umum. *Ibid.*, 181., *et seq.*

[239] Lihat: A.V. Dicey, *Op. cit.*, hlm. 117.

[240] *Ibid.*, hlm. 118.

Semua jenis peraturan dalam kategori pertama ini, sepanjang dapat ditegakkan oleh pengadilan dapat disebut atau tercakup dalam pengertian *constitutional law*. Kriteria yang dipakai oleh Dicey di sini adalah dapat tidaknya norma hukum yang bersangkutan diterapkan oleh hakim di pengadilan. Untuk menegaskan perbedaan bentuk-bentuk hukum tertulis yang mengandung norma hukum konstitusi tersebut dengan bentuk norma hukum konstitusi yang lain, maka hal itu disebut oleh Dicey secara keseluruhannya sebagai *the law of the constitution* yang dibedakannya dari pengertian *the conventions of the constitution*.

Constitutional rules dalam pengertian yang terakhir, menurut Dicey, terdiri atas:

> "Aturan yang lain terdiri dari konvensi, pemahaman, kebiasaan, atau praktik yang, kendati bisa mengatur perbuatan beberapa anggota pemegang kekuasaan tertinggi, para menteri, atau pejabat lain, sebenarnya sama sekali bukan hukum karena itu semua tidak ditegakkan oleh pengadilan. Bagian dari hukum konstitusional ini, dengan tujuan melakukan melakukan pemisahan, dapat disebut sebagai konvensi konstitusi, atau moralitas konstitusional."[241]

Oleh karena itu, dalam pandangan A.V. Dicey, perkataan *constitutional law* mencakup dua unsur pengertian, yaitu (i) *the law of the constitution,* dan (ii) *the conventions of the constitution*. *The law of the constitution* merupakan *a body of undoubted law*, sedangkan *the conventions of the constitution* terdiri atas *maxims* atau praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur para subjek hukum tata negara yang biasa menurut undang-undang dasar, bukanlah merupakan hukum dalam arti yang sebenarnya.[242]

Bagi Dicey, meskipun keduanya sama-sama merupakan *constitutional rules* dan sama-sama dapat disebut *constitutional law* dalam arti luas, tetapi the *convention of the constitution* itu lebih merupakan *constitutional morality* daripada t*he law of the constitution*. Oleh karena itu, menurut A.V.Dicey, sumber hukum tata negara Inggris terdiri pula atas beberapa sumber yang dapat dikelompokkan dalam dua golongan, yaitu:

1. *The law of the constitution*, mencakup:
   a. Dokumen-dokumen sejarah (*historic documents*), seperti Magna Charta Tahun 1215 yang biasa disebut juga dengan *The Great*

[241] *Ibid.* Untuk memudahkan pemahaman mengenai hubungan relevansi antara hukum konstitusi dengan konvensi konstitusi. Lihat: pada pembahasan bab terakhir terjemahan buku Dicey, yakni pada halaman 447.

[242] *Ibid.*

Charter of 1215, *Petition of Right*, atau *Bill of Rights* (1689).
   b. Undang-undang yang ditetapkan oleh parlemen (*legislative acts*, *parliamentary statutes*).
   c. *Judicial decisions* (putusan-putusan pengadilan) terdahulu.
   d. *Principles and rules of common law*, yaitu prinsip-prinsip yang sudah diterima sebagai hukum, meskipun tidak dituangkan dalam bentuk undang-undang atau peraturan tertulis tertentu, tetapi kebanyakan dikuatkan oleh putusan pengadilan.
2. *The conventions of the constitution*, yang mencakup:
   a. Kebiasaan-kebiasaan (*habits*);
   b. Tradisi-tradisi (*traditions*);
   c. Adat istiadat (*customs*);
   d. Praktik-praktik (*practices and usages*).

Demikian pula mengenai kebiasaan-kebiasaan ketatanegaraan, banyak sekali hal-hal yang sudah dianggap kelaziman konstitusional yang tidak dipersoalkan orang lagi apakah ia tertulis atau tidak. Kebiasaan-kebiasaan itulah yang dikenal dengan istilah konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*. Menurut Dicey dalam bukunya *An Introduction to Study of the Law of the Constitution*, banyak prinsip penting hukum konstitusi yang mengambil bentuk konvensi ketatanegaraan. Prinsip-prinsip dimaksud termasuk konvensi, kebiasaan, dan praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur, tetapi sama sekali bukan hukum, karena tidak ditetapkan oleh parlemen ataupun oleh pengadilan.

Selain itu, dalam ilmu hukum, pendapat para ahli yang dikenal luas dan diakui memiliki otoritas di bidangnya, lazimnya diterima juga sebagai sumber hukum yang disebut dengan doktrin dalam ilmu hukum. Dalam sistem hukum fikih, misalnya, dikenal juga pendapat mazhab-mazhab yang diakui mengikat dan dijadikan referensi oleh hakim dalam memutus sesuatu perkara. Istilah yang digunakan oleh Jimly Asshiddiqie, yakni sebagai *the professor's law*,[243] yaitu dijadikan hukum karena pendapat ilmuwan hukum yang diakui mengikat. Sebenarnya, inilah yang dinamakan sebagai doktrin dalam ilmu hukum, yaitu pendapat ahli yang sudah diakui oleh para ahli lainnya sehingga terbentuk suatu pendapat yang diakui oleh umum (*public opinion*) atau dalam istilah Latinnya sudah menjadi *comminis opinio doctorum*. Dalam ilmu hukum, pendapat semacam itu juga diakui sebagai sumber hukum yang mengikat.

[243] Lihat: Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004.

D. KONSTITUSI DAN KONSTITUALISME

Dari catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani kuno *politeia* dan perkataan bahasa Latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata *jus*. Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* itulah awal mula gagasan konstitusionalisme diekspresikan oleh umat manusia. Kata *politeia* dari kebudayaan Yunani dapat disebut yang paling tua usianya. Pengertiannya secara luas mencakup:

> *all the innumerable characteristics which determine that state's peculiar nature, and these include its whole economic and social texture as well as matters governmental in our narrower modern sense. It is a purely descriptive term, and as inclusive in its meaning as our own use of the word 'constitution' when we speak generally of a man's constitution or of the constitution of matter.*[244]

Istilah konstitusi berasal dari bahasa Perancis *constituer* yang berarti membentuk. Pemakaian istilah konstitusi yang dimaksudkan ialah pembentukan suatu negara atau menyusun dan menyatakan suatu negara.[245]

Di negara-negara yang menggunakan bahasa Inggris sebagai bahasa nasional, dipakai istilah *constitution* yang dalam bahasa Indonesia disebut konstitusi.[246] Pengertian konstitusi, dalam praktik dapat berarti lebih luas daripada pengertian undang-undang dasar, tetapi ada juga yang menyamakan dengan pengertian undang-undang dasar. Bagi para sarjana ilmu politik istilah *constitution* merupakan sesuatu yang lebih luas, yaitu keseluruhan dari peraturan-peraturan baik yang tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur secara mengikat cara-cara bagaimana sesuatu pemerintahan diselenggarakan dalam suatu masyarakat.

Dalam bahasa Latin, kata konstitusi merupakan gabungan dari dua kata, yaitu *cume* dan *statuere*. *Cume* adalah sebuah preposisi yang berarti "bersama dengan...", sedangkan *statuere* berasal dari kata *sta* yang membentuk kata kerja pokok *stare* yang berarti berdiri. Atas dasar itu, kata *statuere* mempunyai arti "membuat sesuatu agar berdiri atau mendirikan/menetapkan." Dengan demikian, bentuk tunggal (*constitution*) berarti menetapkan sesuatu secara bersama-sama dan bentuk jamak

---

[244] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Hak Asasi Manusia*, makalah, disampaikan pada *Lecture* Peringatan 10 Tahun KontraS. Jakarta, 26 Maret 2008, hlm. 1.

[245] Wirjono Projodikoro, *Op. cit.*, hlm. 10.

[246] Sri Soemantri M., *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia*, Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm. 29. Lihat juga dalam: Miriam Budiarjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1992, hlm. 95.

(*constitusiones*) berarti segala sesuatu yang telah ditetapkan.[247]

Mencermati dikotomi antara istilah *constitution* dan *gronwet* (undang-undang dasar) di atas, L.J. Van Apeldoorn telah membedakan secara jelas di antara keduanya, kalau *gronwet* adalah bagian tertulis dari suatu konstitusi, sedangkan *constitution* (konstitusi) memuat baik peraturan tertulis maupun yang tidak tertulis. Sementara Sri Soemantri M, dalam disertasinya mengartikan konstitusi sama dengan undang-undang dasar.[248] Penyamaan arti dari keduanya ini sesuai dengan praktik ketatanegaraan di sebagian besar negara-negara dunia termasuk di Indonesia.

Penyamaan pengertian antara konstitusi dan undang-undang dasar sebenarnya sudah dimulai sejak Oliver Cromwell (*Lord Protector Republik Inggris* 1649-1660) yang menamakan undang-undang dasar itu sebagai *instrument of goverment*, yaitu bahwa undang-undang dasar dibuat sebagai pegangan untuk memerintah dan di sinilah timbul identifikasi dari pengertian konstitusi dan undang-undang dasar.

Sebaliknya perlu dicatat, bahwa dalam kepustakaan Belanda (misalnya L.J. Van Apeldoorn) diadakan pembedaan antara pengertian undang-undang dasar dan konstitusi.

Berkaitan dengan konstitusi pula, sejarah menunjukkan bahwa hampir tidak ada negara di dunia ini yang tidak memiliki konstitusi, utamanya konstitusi tertulis.[249] Perbedaan bentuk negara:[250] kesatuan,[251]

---

[247] Koerniatmanto Soetoprawito, "Konstitusi: Pengertian dan Perkembangannya", *Pro Justitia*, No. 2 Tahun V, Mei 1987, hlm. 28-29.

[248] Sri Soemantri, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi,* Disertasi Alumni, Bandung, 1987, hlm. 1.

[249] Negara-negara yang dimaksud—misalnya—Inggris (*United Kingdom*) dikenal sebagai negara yang tidak memiliki konstitusi tertulis. Namun demikian, dalam teori dan praktik, Inggris tetap dianggap sebagai negara konstitusional yang mempunyai konstitusinya sendiri. Inggris adalah kerajaan yang kekuasaan raja, ratu, dan pemerintahannya dibatasi oleh hukum atau konstitusi yang tidak tertulis. Karena itu, dalam berbagai literatur dan dalam praktik, Kerajaan Inggris selalu dikategorikan sebagai *constitutional state, constitutional government*, dan *constitutional democracy*. Lihat: Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta, Penerbit Kompas. 2010, hlm. 125.

[250] Bentuk negara menyatakan susunan atau organisasi negara secara keseluruhan, mengenai struktur negara yang meliputi segenap unsur-unsurnya. Bentuk negara melukiskan dasar-dasar negara, susunan, dan tata tertib suatu negara berhubungan dengan organ tertinggi dalam negara itu dan kedudukan masing-masing organ itu dalam kekuasaan negara. Lihat: Samidjo. *Ilmu Negara,* Bandung: Armico. 1986, hlm. 162.

[251] Negara kesatuan ialah suatu negara yang merdeka dan berdaulat, di mana di seluruh negara yang berkuasa hanyalah satu pemerintah (pusat) yang mengatur seluruh daerah. Jadi, tidak terdiri atas beberapa daerah yang berstatus negara bagian (*deelstaat*). *Ibid.*, hlm. 164-165.

federal,[252] monarki,[253] maupun sistem pemerintahan:[254] presidensial,[255] parlementer,[256] dan model pemerintahan lainnya tidak menghapuskan peran dan keberadaan konstitusi sebagai hukum dasar. Konstitusi diakui sebagai hukum tertinggi yang berlaku di setiap negara. Ia mendapat posisi terhormat dalam sebuah negara hukum sebagai *supreme of the law*. Namun, agar dapat diterima oleh rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi dalam sebuah negara, konstitusi harus menghormati, menghargai dan mewujudkan prinsip-pinsip demokrasi dan hak asasi manusia, sehingga bercirikan konstitusi yang demokratis, tidak kaku apalagi otoriter.

Berdasarkan kilas sejarah konstitusi telah ada sejak zaman Yunani kuno. Hal ini berdasarkan teori negara hukum yang dikembangkan saat itu oleh Plato dan Aristoteles, guru dan murid yang dijuluki sebagai *the Philosoper*. Plato misalnya, dalam *Republic* berpendapat bahwa adalah mungkin mewujudkan negara ideal untuk mencapai kebaikan yang berintikan kebaikan. Untuk itu kekuasaan harus dipegang oleh orang yang mengetahui kebaikan, yaitu seorang filsuf (*the philosopher king*). *The philosopher king* dituntut untuk mengajarkan dan mengedepankan kebijakan yang akan menjamin terselenggaranya pemerintahan yang bersih dan berkeadilan.[257]

Juga dalam bukunya *The Law,* Plato mengemukakan pandangannya tentang supremasi hukum. Menurutnya, hukum adalah *logismos* atau *reasoned thought* (pikiran yang masuk akal) yang dirumuskan dalam putusan negara. Plato menolak pandangan dan anggapan bahwa otoritas

[252] Federasi berasal dari kata Latin *foedus*, yang berarti perjanjian atau persetujuan. Dalam federasi atau negara serikat (federasi = *bondstaat* = *bundesstaat*) merupakan dua atau lebih kesatuan politik yang sudah atau belum berstatus negara berjanji untuk bersatu dalam suatu ikatan politik, ikatan mana akan mewakili mereka sebagai keseluruhan. Jadi, merupakan suatu negara bagian yang masing-masing tidak berdaulat. Yang berdaulat adalah persatuan dari negara itu yaitu negara serikat (pemerintahan faderal). *Ibid.,* hlm. 165-167.

[253] Jika seorang kepala negara diangkat berdasarkan hak waris atau turun-temurun. Kepala negaranya disebut raja/ratu/kaisar, atau yang sejenisnya. *Ibid.,*. hlm. 183-184.

[254] Sistem pemerintahan diartikan sebagai suatu tatanan utuh yang terdiri atas berbagai komponen pemerintahan yang bekerja saling bergantungan dan memengaruhi dalam mencapaian tujuan dan fungsi pemerintahan menyelenggarakan kepentingan rakyat. Lihat: Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid II, Jakarta, Setjen dan Kepeniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. 2006, hlm. 59.

[255] Sistem pemerintahan disebut presidensial apabila kedudukan kepala negara tidak terpisah dari jabatan kepala pemerintahan. Lihat: *Ibid.,* hlm. 60.

[256] Sistem pemerintahan disebut parlementer apabila sistem kepemimpinannya terbagi dalam jabatan kepala negara dan kepala pemerintahan sebagai dua jabatan terpisah. Lihat: Jimly, *Ibid.*, hlm. 59.

[257] Juniarso Ridwan dan Achmad Sodik, *Tokoh-tokoh Ahli Pikir tentang Negara dan Hukum; dari Zaman Yunani Kuno Sampai Abad ke-20*, cet. ke-1, Bandung, Nuansa, 2010, hlm. 22.

hukum bertumpu semata-mata pada kemauan dan kehendak *governing power* (pihak-pihak yang memangku kekuasaan).[258]

Aristoteles,[259] murid Plato, juga bependapat bahwa sebuah konstitusi adalah pengelolaan posisi jabatan di suatu negera dan menentukan apa yang menjadi badan pemerintahannya dan yang menjadi tujuan dari setiap kelompok masyarakat. Tujuan negara adalah untuk mencapai kehidupan yang paling baik (*the best life possible*) yang dapat dicapai dengan supremasi hukum. Hukum adalah wujud kebijaksanaan kolektif warga negara (*collective wisdom*), sehingga peran warga negara diperlukan dalam pembentukannya.[260] Berangkat dari pemikiran tersebut, Aristoteles berpendapat bahwa suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi. Menurutnya, ada tiga unsur pemerintahan berkonstitusi: *pertama*, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; *kedua*, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasar ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi; *ketiga*, pemerintahan berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan berupa paksaan dan tekanan. Perlawanan terhadap absolutisme yang melahirkan raja-raja yang memiliki kekuasaan mutlak pada abad pertengahan, akhirnya bermuara pada munculnya gagasan negara hukum.[261]

Namun, bersamaan dengan masamasa suram di Eropa selama abad-abad pertengahan itu, di Timur Tengah tumbuh dan berkembang pesat peradaban baru di lingkungan penganut ajaran Islam. Atas pengaruh Nabi Muhammad saw., banyak sekali inovasi baru dalam kehidupan umat manusia yang dikembangkan menjadi pendorong kemajuan peradaban. Salah satunya ialah penyusunan dan penandatanganan persetujuan atau perjanjian bersama di antara kelompok-kelompok penduduk kota Madinah untuk bersama-sama membangun struktur kehidupan bersama yang di kemudian hari berkembang menjadi kehidupan kenegaraan dalam pengertian modern sekarang. Naskah persetujuan bersama itulah yang kemudian dikenal sebagai Piagam Madinah (*Madinah*

[258] *Ibid.*

[259] Untuk lebih perinci tentang gagasan Aristoteles, lihat: Aristoteles, *La Politica*, diterjemahkan ke dalam bahasa inggris oleh Benjamin Jowett dan diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, *Politik*, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008, hlm. 171.

[260] Jimly Asshidiqie, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis.* Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer. 2009, hlm. 395. Disadur dari George N. Sabine, A *History A Political Theory.* Third Edition, (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto London; Holt, Rinehart and Winston, 1961), hlm. 35-86 dan 88-105.

[261] *Ibid.*

Charter). Piagam Madinah ini dapat disebut sebagai piagam tertulis pertama dalam sejarah umat manusia yang dapat dibandingkan dengan pengertian konstitusi dalam arti modern. Piagam ini dibuat atas persetujuan bersama antara Nabi Muhammad saw. dengan wakil-wakil penduduk kota Madinah tak lama setelah beliau hijrah dari Mekkah ke Yastrib, nama kota Madinah sebelumnya, pada 622 M. Para ahli menyebut Piagam Madinah tersebut dengan berbagai macam istilah yang berlainan satu sama lain.[262]

Selain itu, Menurut K.C. Wheare, bahwa dalam wacana politik, kata "konstitusi" biasanya digunakan untuk menggambarkan seluruh sistem ketatanegaraan suatu negara, kumpulan berbagai peraturan yang membentuk dan mengatur atau mengarahkan pemerintahan.[263]

Berikut ini beberapa ahli hukum yang mendukung antara yang membedakan dengan yang menyamakan pengertian konstitusi dengan undang-undang dasar. Penganut paham yang membedakan pengertian konstitusi dengan undang-undang dasar antara lain Herman Heller dan F. Lassalle. Hermen Heller membagi pengertian konstitusi menjadi tiga yaitu:[264]

1. *Die Politische verfassung als gesellschaftlich wirklichkeit*. Konstitusi adalah mencerminkan kehidupan politik di dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan. Jadi mengandung pengertian politis dan sosiologis;
2. *Die Verselbstandigte rechtsverfassung*. Konstitusi merupakan suatu kesatuan kaidah yang hidup dalam masyarakat. Jadi mengandung pengertian yuridis;
3. *Die geshereiben verfassung*. Konstitusi yang ditulis dalam suatu naskah sebagai undang-undang yang tertinggi yang berlaku dalam suatu negara.

Dari pendapat Hermen Heller tersebut dapatlah disimpulkan bahwa jika pengertian undang-undang itu harus dihubungkan dengan konstitusi, maka artinya undang-undang dasar itu baru merupakan sebagian

[262] Banyak sarjana yang menggambarkan Piagam Madinah itu sebagai konstitusi seperti dipahami dewasa ini. Lihat: Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat Majemuk*, Jakarta: UI-Press, 1995, Dahlan Thaib dkk., *Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi*, cet. ke-5, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005. Lihat juga: Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, cet. ke-2, Jakarta: Kencana, 2004.

[263] K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, 1996. Diterjemahkan Oleh Muhammad Hardani, *Konstitusi-konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003, hlm. 1.

[264] Moh. Kusnandi dan Harmaily, *Op. cit.*, hlm. 65.

dari pengertian konstitusi, yaitu konstitusi yang tetulis saja. Di samping itu, konstitusi itu tidak hanya bersifat yuridis semata-mata, tetapi mengandung pengertian logis dan politis.

F. Lassalle dalam bukunya *Uber Verfassungswesen*, membagi konstitusi dalam dua pengertian, yaitu:[265]

1. Pengertian sosiologis atau politis (*sosiologische atau politische begrip*). Konstitusi adalah sintesis faktor-faktor kekuatan yang nyata (*dereele machtsfactoren*) dalam masyarakat. Jadi konstitusi menggambarkan hubungan antara kekuasaan-kekuasaan yang terdapat dengan nyata dalam suatu negara. Kekuasaan tersebut di antaranya: raja, parlemen, kabinet, *pressure groups*, partai politik, dan lain-lain; itulah yang sesungguhnya konstitusi.
2. Pengertian yuridis (*yuridische begrip*). Konstitusi adalah suatu naskah yang memuat semua bangunan negara dan sendi-sendi pemerintahan.

Dari pengertian sosiologis dan politis, ternyata Lassalle menganut paham bahwa konstitusi sesungguhnya mengandung pengertian yang lebih luas dari sekadar undang-undang dasar. Namun dalam pengertian yuridis, Lassalle terpengaruh pula oleh paham kodifikasi yang menyamakan konstitusi dengan undang-undang dasar.

Kelihatannya para penyusun UUD 1945 menganut pemikiran sosiologis di atas, sebab dalam penjelasan UUD 1945 dikatakan: "Undang-Undang Dasar suatu negara ialah hanya sebagian dari hukumnya dasar negara itu. Undang-undang dasar ialah hukum dasar yang tertulis, di samping undang-undang dasar itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam parktik penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis."

Adapun penganut paham modern yang tegas-tegas menyamakan pengertian konstitusi dengan undang-undang dasar adalah C.F. Strong dan James Bryce.

Pendapat James Bryce, sebagaimana dikutip C.F. Strong dalam bukunya *Modern Political Constitutions,* menyatakan konstitusi adalah:

> *A frame of political society, organised through and by law, that is to say on in which law has established permanent institutions with recognised functions and definite rights* (Suatu kerangka masyarakat politik [negara] yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Dengan kata lain, hukum menetapkan adanya lembaga-

[265] Abu Daud Busroh dan Abu Bakar Busroh, *Asas-asas Hukum Tata Negara*, Ghalia Indonesia, 1991, hlm. 73.

lembaga permanen dengan fungsi yang telah diakui dan hak-hak yang telah ditetapkan).[266]

Dari definisi di atas, pengertian konstitusi dapat disederhanakan rumusannya sebagai kerangka negara yang diorganisir dengan dan melalui hukum, dalam hal mana hukum menetapkan:

1. Pengaturan mengenai pendirian lembaga-lembaga yang permanen;
2. Fungsi dari alat-alat kelengkapan;
3. Hak-hak tertentu yang telah ditetapkan.

Kemudian C.F. Strong[267] melengkapi pendapat tersebut dengan pendapatnya sendiri sebagai berikut:

"*A constitution may be said to be a collection of principle according to which power of government, the right of the governed, and the relation between two are adjust.*"
(Konstitusi juga dapat dikatakan sebagai suatu kumpulan asas yang menyelenggarakan kekuasaan pemerintahan [dalam arti luas], hak-hak dari yang diperintah, dan hubungan antara pemerintahan dan yang diperintah [menyangkut di dalamnya masalah hak asasi manusia]).

Sri Soemantri menilai bahwa pengertian tentang konstitusi yang diberikan oleh C.F. Strong lebih luas dari pendapat James Bryce. Walaupun dalam pengertian yang dikemukakan James Bryce itu merupakan konstitusi dalam kerangka masyarakat politik (negara) yang diatur oleh hukum. Akan tetapi dalam konstitusi itu hanya terdapat pengaturan mengenai alat-alat kelengkapan negara yang dilengkapi dengan fungsi dan hak-haknya. Dalam batasan Strong, apa yang dikemukakan James Bryce itu termasuk dalam kekuasaan pemerintahan semata, sedangkan menurut pendapat Strong, konstitusi tidak hanya mengatur tentang hak-hak yang diperintah atau hak-hak warga negara.

Dua pakar yang lain, Rosco J. Tresolini dan Martin Shapiro, dalam bukunya yang berjudul *American Constitutional Law* mengatakan bahwa konstitusi Amerika Serikat mengatur tiga masalah pokok, yaitu:[268]

1. *The framework or structure of goverment*;
2. *The power of the goerment*;

[266] C.F. Strong, *Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form,* The English Book Society and Sidwigck & Jackson Limited London 1966, diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesi oleh SPA Teamwork, *Konstitusi-konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi di Dunia,* Bandung: Nusa Media, 2008, hlm. 15.

[267] *Ibid.*, hlm. 15.

[268] Periksa dalam Sri Soemantri M. dan Bintang R. Saragih (editor), *Op. cit.*, hlm. 30.

3. *It restrains the ezercise of these power by governmental officials in order that certain individual right can be poreserved.*

Apa yang dikemukakan olehTresolini dan Shapiro ini mempunyai persamaan dengan pendapat Strong tentang batasan konstitusi.

K.C Wheare mengartikan konstitusi sebagai: "keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa kumpulan peraturan yang membentuk, mengatur, atau mengarahkan pemerintahan."[269] Peraturan di sini merupakan gabungan antara ketentuan-ketentuan yang memiliki sifat hukum (*legal*) dan yang tidak memiliki sifat hukum (*nonlegal*).[270]

Konstitusi secara sederhana oleh Brian Thompson dapat diartikan sebagai suatu dokumen yang berisi aturan-aturan untuk menjalankan suatu organisasi.[271] Organisasi dimaksud beragam bentuk dan kompleksitas strukturnya. Dalam konsep konstitusi itu tercakup juga pengertian peraturan tertulis, kebiasaan, dan konvensi kenegaraan (ketatanegaraan) yang menentukan susunan dan kedudukan organ negara, mengatur hubungan antar-organ negara itu, dan mengatur hubungan organ negara tersebut dengan warga negara.[272]

Dasar keberadaan konstitusi adalah kesepakatan umum atau persetujuan (*consensus*) di antara mayoritas rakyat mengenai bangunan yang diidealkan berkenaan dengan negara. Organisasi negara itu diperlukan oleh warga masyarakat politik agar kepentingan mereka bersama dapat dilindungi atau dipromosikan melalui pembentukan dan penggunaan mekanisme yang disebut negara.[273] Kata kuncinya adalah konsensus atau *general agreement*.

Konstitusi mengatur dua hubungan yang saling berkaitan satu sama lain, yaitu pertama, hubungan pemerintahan yang satu dengan lembaga pemerintahan yang lain. Oleh karena itu, konstitusi dimaksudkan untuk mengatur tiga hal penting, yaitu: (1) menentukan pembatasan kekuasaan organ-organ negara; (2) mengatur hubungan antara lembaga negara yang satu dan yang lain; dan (3) mengatur hubungan kekuasaan antara

[269] K.C. Wheare, *Op. cit.,* hlm. 1.

[270] Peraturan-peraturan bersifat legal, dalam arti pengadilan hukum mengakui dan menerapkan peraturan-peraturan tersebut, dan yang dimaksud ekstralegal atau nonlegal, yakni berupa kebiasaan, persetujuan, adat, atau konvensi, sesuatu yang tidak diakui oleh pengadilan sebagai hukum tetapi tidak kalah efektifnya dalam mengatur pemerintahan dibandingkan dengan apa yang secara baku disebut hukum. *Ibid.*

[271] Brian Thompson, *Textbook on Constitutional and Administrative Law,* edisi ke-3, (London: Blackstone Press ltd., 1997), hlm. 3.

[272] Lihat: Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.,* hlm. 19-34.

[273] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Hukum Tata Negara Adat,* makalah, disampaikan sebagai bahan *keynote speech* pada Seminar Nasional tentang Konstitusi Kesultanan-kesultanan Islam di Jawa Barat dan Banten. UIN Gunung Djati, Bandung, 5 April 2008, hlm. 1.

lembaga negara dan warga negara.[274]

Menurut Jimly Ashiddiqie,[275] dapat dikatakan bahwa konstitusi dapat pula difungsikan sebagai sarana kontrol politik, sosial, dan/atau ekonomi di masa sekarang, dan sebagai sarana perekayasaan politik, sosial dan/atau ekonomi menuju masa depan. Dengan demikian, fungsi-fungsi konstitusi dapat diperinci sebagai berikut:

1. Fungsi penentu dan pembatas kekuasaan organ negara;
2. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar-organ negara;
3. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antara organ negara dan warga negara;
4. Fungsi pemberi legitimasi terhadap kekuasaan negara;
5. Fungsi penyalur atau pengalih kewenangan dari sumber kekuasaan yang asli kepada organ negara;
6. Fungsi simbolik sebagai pemersatu (*symbol of unity*);
7. Fungsi simbolik sebagai rujukan identitas dan keagungan kebangsaan (*identity of nation*);
8. Fungsi simbolik sebagai pusat upacara (*center of ceremony*);
9. Fungsi sebagai sarana pengendalian masyarakat, baik dalam arti sempit hanya di bidang politik maupun dalam arti luas mencakup bidang sosial dan ekonomi;
10. Fungsi sebagai sarana perekayasaan dan pembaruan masyarakat, baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas; dan
11. Dalam sistem pemerintahan presidensial, konstitusi juga berfungsi sebagai kepala negara dalam arti simbolik.

Selain itu, dalam konstitusi modern menurut K.C. Wheare dimaksudkan untuk melindungi satu atau lebih dari empat tujuan berikut. *Pertama*, konstitusi diubah hanya dengan pertimbangan yang matang, dan bukan karena alasan sederhana atau secara serampangan. *Kedua*, rakyat mesti diberi kesempatan mengungkapkan pandangan mereka sebelum dilakukan perubahan. *Ketiga,* dalam sistem federal, kekuasaan unit-unit dan pemerintah pusat tidak bisa diubah oleh satu pihak. *Keempat*, hak individu atau masyarakat, misalnya hak minoritas dalam bahasa, agama, dan kebudayaan mesti dilindungi.[276]

Terlepas dari gagasan mengenai mengenai konsepsi tentang konstitusi oleh beberapa ahli di atas, menurut penulis sangat erat kaitannya dengan gagasan konstitusionalisme sebagai genre pembatasan kekuasa-

[274] Hamdan Zoelva, *Pemakzulan Presiden di Indonesia*, jakarta: Sinar Grafika, 2011, hlm. 22.
[275] *Ibid.*
[276] K.C. Wheare, *Op. cit.,* hlm. 128.

an dalam konstitusi dan secara subtansial lahirnya konsepsi tentang konstitusi adalah berawal dari gagasan konstitusionalisme yang bertujuan untuk membatasi kekuasaan negara.

E. LEMBAGA NEGARA DAN SISTEM PEMERINTAHAN

1. Lembaga Negara

UUD 1945 adalah konstitusi negara Indonesia yang merupakan hasil kesepakatan seluruh rakyat Indonesia. Keberlakuan UUD 1945 berlandaskan pada legitimasi kedaulatan rakyat sehingga UUD 1945 merupakan hukum tertinggi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Oleh karena itu, hasil-hasil perubahan UUD 1945 berimplikasi terhadap seluruh lapangan kehidupan berbangsa dan bernegara. Apalagi perubahan tersebut meliputi hampir keseluruhan materi UUD 1945. Jika naskah asli UUD 1945 berisi 71 butir ketentuan, maka setelah empat kali mengalami perubahan materi muatan UUD 1945 mencakup 199 butir ketentuan.[277]

Dengan demikian, salah satu materi penting dan selalu ada dalam konstitusi adalah pengaturan tentang lembaga negara. Hal itu dapat dimengerti karena kekuasaan negara pada akhirnya diterjemahkan ke dalam tugas dan wewenang lembaga negara. Tercapai tidaknya tujuan bernegara berujung pada bagaimana lembaga-lembaga negara tersebut melaksanakan tugas dan wewenang konstitusionalnya serta hubungan antarlembaga negara. Pengaturan lembaga negara dan hubungan antar lembaga negara merefleksikan pilihan dasar-dasar kenegaraan yang dianut.

Pemerintah Inggris misalnya, menciptakan beraneka ragam lembaga baru yang sangat kuat kekuasaannya dalam urusan-urusan yang sangat spesifik. Misalnya, pada mulanya dibentuk Regional Hospital Board, kemudian pada 1974 menjadi Area and Regional Health Authorities. New Town Development Corporation juga dibentuk untuk maksud menyukseskan program yang diharapkan akan menghubungkan kota-kota satelit di sekitar kota metoropolitan seperti London dan lain-lain. Demikian pula untuk program pembangunan perdesaan, dibentuk pula badan-badan otoritas yang khusus menangani *rural development agencies* di daerah-daerah Mid-Wales dan the Scottish Highlands.[278]

---

[277] Jimly Asshiddiqie, *Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945*, makalah disampaikan dalam Simposium yang dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, 2003, hlm. 1.

[278] Jimly Asshiddiqie, *Hubungan Antar Lembaga Negara Pasca perubahan UUD 1945*, Bahan

Perkembangan yang terjadi di negara-negara lain kurang lebih juga sama dengan apa yang terjadi di Inggris. Sebabnya ialah karena berbagai kesulitan ekonomi dan ketidakstabilan akibat terjadinya berbagai perubahan sosial dan ekonomi memaksa banyak negara melakukan eksperimentasi kelembagaan (*institutional experimentation*) melalui berbagai bentuk organ pemerintahan yang dinilai lebih efektif dan efisien, baik di tingkat nasional atau pusat maupun di tingkat daerah atau lokal. Perubahan-perubahan itu terutama terjadi pada *non-elected agencies* yang dapat dilakukan secara lebih fleksibel dibandingkan dengan *elected agencies* seperti parlemen. Tujuannya tidak lain adalah untuk menerapkan prinsip efisiensi agar pelayanan umum (*public services*) dapat benar-benar efektif. Untuk itu, birokrasi dituntut berubah menjadi *slimming down bureaucracies* yang pada intinya diliberalisasikan sedemikian rupa untuk memenuhi tuntutan perkembangan di era Liberalisme Baru.[279]

Di berbagai negara juga terbentuk berbagai organisasi atau lembaga yang disebut dengan rupa-rupa istilah seperti dewan, komisi, badan, otoritas, lembaga, *agencies*, dan sebagainya. Namun, dalam pengalaman di banyak negara, tujuan yang mulia untuk efisiensi dan efektivitas pelayanan umum (*public services*) tidak selalu belangsung mulus sesuai dengan yang diharapkan. Di negara-negara demokrasi yang telah mapan, seperti di Amerika Serikat dan Perancis, pada tiga dasawarsa terakhir abad ke-20, juga banyak bertumbuhan lembaga negara baru. Lembaga-lembaga baru tersebut biasa disebut sebagai *state auxiliary organs* atau *auxiliary institutions* sebagai lembaga negara yang bersifat penunjang. Di antara lembaga-lembaga itu kadang-kadang ada juga yang disebut sebagai *self-regulatory agencies*, *independent supervisory bodies*, atau lembaga-lembaga yang menjalankan fungsi campuran (*mix-function*) antara fungsi-fungsi regulatif, administratif, dan fungsi penghukuman yang biasanya dipisahkan tetapi justru dilakukan secara bersamaan oleh lembaga-lembaga baru tersebut.[280]

Lembaga-lembaga negara yang bersifat *ad hoc* itu di Inggris, menurut Sir Ivor Jennings,[281] biasanya dibentuk karena salah satu dari lima alasan utama (*five main reaons*), yaitu:

Ceramah pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpim) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara. Jakarta, 30 Oktober 2008, disampaikan lagi dalam *Fokus Group Discussion* di LEMHANNAS, 15 November 2010. hlm. 7.

[279] *Ibid.*

[280] *Ibid.*, hlm. 8.

[281] *Ibid.*

a. *The need to provide cultural or personal services supposedly free from the risk of political interference*. Berkembangnya kebutuhan untuk menyediakan pelayanan budaya atau pelayanan yang bersifat personal yang diidealkan bebas dari risiko campur tangan politik, seperti misalnya the BBC (British Broadcasting Corporation);
b. *The desirability of non-political regulation of markets*. Adanya keinginan untuk mengatur dinamika pasar yang sama sekali bersifat non-politik, seperti misalnya Milk Marketing Boards.
c. *The regulation of independent professions such as medicine and the law*. Keperluan mengatur profesi-profesi yang bersifat independen seperti di bidang hukum kedokteran.
d. *The provisions of technical services*. Kebutuhan untuk mengadakan aturan mengenai pelayanan-pelayanan yang bersifat teknis (*technical services*) seperti misalnya Komisi Forestry Commission.
e. *The creation of informal judicial machinery for settling disputes*. Terbentuknya berbagai institusi yang berfungsi sebagai alat perlengkapan yang bersifat semi-judisial untuk menyelesaikan berbagai sengketa di luar peradilan sebagai *alternative dispute resolution* (ADR).

Kelima alasan tersebut ditambah oleh John Alder dengan alasan keenam, yaitu adanya ide bahwa *public ownership of key sectors of the economy is desirable in itself.*[282] Pemilikan oleh publik di bidang-bidang ekonomi atau sektor-sektor tertentu dianggap lebih tepat diorganisasikan dalam wadah organisasi tersendiri, seperti yang banyak dikembangkan akhir-akhir ini, misalnya dengan ide Badan Hukum Milik Negara (BHMN).

a. Pengertian Lembaga Negara

Untuk memahami pengertian lembaga atau organ negara secara lebih dalam, kita dapat mendekatinya dari pandangan Hans Kelsen mengenai *the concept of the state-organ* dalam bukunya *General Theory of Law and State*. Hans Kelsen menguraikan, bahwa "*whoever fulfills a function determined by the legal order is an organ.*"[283] Siapa saja yang menjalankan suatu fungsi yang ditentukan oleh suatu tata hukum (*legal order*) adalah suatu organ.

Artinya, organ negara itu tidak selalu berbentuk organik. Di samping organ yang berbentuk organik, lebih luas lagi, setiap jabatan yang

[282] *Ibid.*, hlm. 9

[283] Hans Kelsen, *General Theory of Law and State,* (New York: Russell & Russell, 1961), hlm. 192.

ditentukan oleh hukum dapat pula disebut organ, asalkan fungsi-fungsinya itu bersifat menciptakan norma (*normcreating*) dan/atau bersifat menjalankan norma (*norm applying*). "*These functions, be they of a norm-creating or of a norm-applying character, are all ultimately aimed at the execution of a legal sanction.*"[284]

Menurut Kelsen, parlemen yang menetapkan undang-undang dan warga negara yang memilih para wakilnya melalui pemilihan umum sama-sama merupakan organ negara dalam arti luas. Demikian pula hakim yang mengadili dan menghukum penjahat dan terpidana yang menjalankan hukuman tersebut di lembaga pemasyarakatan, adalah juga merupakan organ negara. Pendek kata, dalam pengertian yang luas ini, organ negara itu identik dengan individu yang menjalankan fungsi atau jabatan tertentu dalam konteks kegiatan bernegara. Inilah yang disebut sebagai jabatan publik atau jabatan umum (*public offices*) dan pejabat publik atau pejabat umum (*public officials*).[285]

Di samping pengertian luas itu, Hans Kelsen juga menguraikan adanya pengertian organ negara dalam arti yang sempit, yaitu pengertian organ dalam arti materiel. Individu dikatakan organ negara hanya apabila ia secara pribadi memiliki kedudukan hukum yang tertentu (*...he personally has a specific legal position*). Suatu transaksi hukum perdata, misalnya kontrak, adalah merupakan tindakan atau perbuatan yang menciptakan hukum seperti halnya suatu putusan pengadilan.

Lembaga negara terkadang disebut dengan istilah lembaga pemerintahan, lembaga pemerintahan non-departemen, atau lembaga negara saja. Ada yang dibentuk berdasarkan atau diberi kekuasaan oleh UUD, ada pula yang dibentuk dan mendapatkan kekuasaannya dari UU, dan bahkan ada pula yang hanya dibentuk berdasarkan keputusan presiden. Hierarki atau *ranking* kedudukannya tentu saja tergantung pada derajat pengaturannya menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Lembaga negara yang diatur dan dibentuk oleh UUD merupakan organ konstitusi, sedangkan yang dibentuk berdasarkan UU merupakan organ UU, sementara yang hanya dibentuk karena keputusan presiden tentunya lebih rendah lagi tingkatan dan derajat perlakuan hukum terhadap pejabat yang duduk di dalamnya. Demikian pula jika lembaga dimaksud dibentuk dan diberi kekuasaan berdasarkan peraturan daerah,

[284] *Ibid.*

[285] Pejabat yang biasa dikenal sebagai pejabat umum misalnya adalah notaris dan pejabat pembuat akta tanah (PPAT). Sering kali orang beranggapan seakan-akan hanya notaris dan PPAT yang merupakan pejabat umum. Padahal, semua pejabat publik adalah pejabat umum. Karena yang dimaksud dalam kata jabatan umum itu tidak lain adalah "jabatan publik" (*public office*), bukan dalam arti *general office.*

tentu lebih rendah lagi tingkatannya.

Dalam setiap pembicaraan mengenai organisasi negara, ada dua unsur pokok yang saling berkaitan, yaitu *organ* dan *functie. Organ* adalah bentuk atau wadahnya, sedangkan *functie* adalah isinya; organ adalah status bentuknya (Inggris: *form,* Jerman: *vorm*) , sedangkan *functie* adalah gerakan wadah itu sesuai maksud pembentukannya. Dalam naskah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, organ-organ yang dimaksud, ada yang disebut secara eksplisit namanya, dan ada pula yang disebutkan eksplisit hanya fungsinya. Ada pula lembaga atau organ yang disebut bahwa baik namanya maupun fungsi atau kewenangannya akan diatur dengan peraturan yang lebih rendah.

b. Lembaga-lembaga Negara Menurut UUD 1945[286]

Jika dikaitkan dengan hal tersebut di atas, maka dapat dikemukakan bahwa dalam UUD 1945, terdapat tidak kurang dari 34 organ yang disebut keberadaannya dalam UUD 1945. Ketiga puluh empat organ atau lembaga tersebut yaitu:

1) Majelis permusyawaratan Rakyat (MPR) diatur dalam Bab III UUD 1945 yang juga diberi judul "Majelis permusyawaratan Rakyat". Bab III ini berisi dua pasal, yaitu Pasal 2 yang terdiri atas tiga ayat, Pasal 3 yang juga terdiri atas tiga ayat;
2) Presiden yang diatur keberadaannya dalam Bab III UUD 1945, dimulai dari Pasal 4 ayat (1) dalam pengaturan mengenai Kekuasaan Pemerintahan Negara yang berisi 17 pasal;
3) Wakil presiden yang keberadaannya juga diatur dalam Pasal 4 yaitu pada ayat (2) UUD 1945. Pasal 4 ayat (2) UUD 1945 itu menegaskan, "Dalam melakukan kewajibannya, Presiden dibantu oleh satu orang Wakil Presiden";
4) Menteri dan kementerian negara yang diatur tersendiri dalam Bab V UUD 1945, yaitu pada Pasal 17 ayat (1), (2), dan (3);
5) Menteri luar negeri sebagai menteri *triumpirat* yang dimaksud oleh Pasal 8 ayat (3) UUD 1945, yaitu bersama-sama dengan menteri dalam negeri dan menteri pertahanan sebagai pelaksana tugas kepresidenan apabila terdapat kekosongan dalam waktu yang bersamaan dalam jabatan presiden dan wakil presiden;
6) Menteri dalam negeri sebagai *triumpirat* bersama-sama dengan menteri luar negeri dan menteri pertahanan menurut Pasal 8 ayat (3) UUD 1945;

[286] Jimly, Ashiddiqie, *Op. cit.* hlm. 11.

7) Menteri pertahanan yang bersama-sama dengan menteri luar negeri dan menteri dalam negeri ditentukan sebagai menteri *triumpirat* menurut Pasal 8 ayat (3) UUD 1945. Ketiganya perlu disebut secara sendiri-sendiri, karena dapat saja terjadi konflik atau sengketa kewenangan konstitusional di antara sesama mereka, atau antara mereka dengan menteri lain atau lembaga negara lainnya;
8) Dewan pertimbangan presiden yang diatur dalam Pasal 16 Bab III tentang Kekuasaan Pemerintahan Negara yang berbunyi, "Presiden membentuk suatu dewan pertimbangan yang bertugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada Presiden, yang selanjutnya diatur dalam undang-undang";[287]
9) Duta seperti diatur dalam Pasal 13 ayat (1) dan (2);
10) Konsul seperti yang diatur dalam Pasal 13 ayat (1);
11) Pemerintahan daerah provinsi[288] sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6), dan ayat (7) UUD 1945;
12) Gubernur kepala pemerintah daerah seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
13) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah provinsi, seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat 3 UUD 1945;
14) Pemerintahan daerah kabupaten sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6), dan ayat (7) UUD 1945;
15) Bupati kepala pemerintah daerah kabupaten seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
16) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah kabupaten seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (3) UUD 1945;
17) Pemerintahan daerah kota sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6), dan ayat (7) UUD 1945;
18) Walikota Kepala Pemerintah Daerah Kota seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
19) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kota seperti yang diatur oleh Pasal 18 ayat (3) UUD 1945;
20) Satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa

[287] Sebelum Perubahan Keempat tahun 2002, ketentuan Pasal 16 ini berisi 2 ayat, dan ditempatkan dalam Bab IV dengan judul "Dewan Pertimbangan Agung", Artinya, Dewan Pertimbangan Agung bukan bagian dari "Kekuasaan Pemerintahan Negara", melainkan sebagai lembaga tinggi negara yang berdiri sendiri.

[288] Di setiap tingkatan pemerintahan previnsi, kabupaten, dan keta, dapat dibedakan adanya tiga subjek hukum, yaitu (i) pemerintahan daerah; (ii) kepala pemerintah daerah; dan (iii) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Jika disebut "pemerintahan" maka yang dilihat adalah subjek pemerintahan daerah sebagai satu kesatuan. Kepala eksekutif disebut sebagai kepala pemerintah daerah, bukan "kepala pemerintahan daerah". Adapun badan legislatif daerah dinamakan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

seperti dimaksud oleh Pasal 18B ayat (1) UUD 1945, diatur dengan undang-undang. Karena kedudukannya yang khusus dan diistimewakan, satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa ini diatur tersendiri oleh UUD 1945. Misalnya, status Pemerintahan Daerah Istimewa Yogyakarta, Pemerintahan Daerah Otonomi Khusus Nanggroe Aceh Darussalam dan Papua, serta Pemerintahan Daerah Khusus Ibukota Jakarta. Ketentuan mengenai kekhususan atau keistimewaannya itu diatur dengan undang-undang. Oleh karena itu, pemerintahan daerah yang demikian ini perlu disebut secara tersendiri sebagai lembaga atau organ yang keberadaannya diakui dan dihormati oleh negara;

21) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang diatur dalam Bab VII UUD 1945 yang berisi Pasal 19 sampai dengan Pasal 22B;
22) Dewan Perwakilan Daerah (DPD) yang diatur dalam Bab VIIA yang terdiri atas Pasal 22C dan Pasal 220;
23) Komisi penyelenggaran pemilu yang diatur dalam Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 yang menentukan bahwa pemilihan umum harus diselenggarakan oleh suatu komisi yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Nama "Komisi Pemilihan Umum" bukanlah nama yang ditentukan oleh UUD 1945, melainkan oleh Undang-Undang;
24) Bank sentral yang disebut eksplisit oleh Pasal 230, yaitu "Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab, dan independensinya diatur dengan undang-undang." Seperti halnya dengan Komisi Pemilihan Umum, UUD 1945 belum menentukan nama bank sentral yang dimaksud. Memang benar, nama bank sentral sekarang adalah Bank Indonesia. Tetapi, nama Bank Indonesia bukan nama yang ditentukan oleh UUD 1945, melainkan oleh undang-undang berdasarkan kenyataan yang diwarisi dari sejarah di masa lalu.
25) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) yang diatur tersendiri dalam Bab VIIIA dengan judul "Badan Pemeriksa Keuangan", dan terdiri atas 3 pasal, yaitu Pasal 23E (3 ayat), Pasal 23F (2 ayat), dan Pasal 23G (2 ayat);
26) Mahkamah Agung (MA) yang keberadaannya diatur dalam Bab IX, Pasal 24 dan Pasal 24A UUD 1945;
27) Mahkamah Konstitusi (MK) yang juga diatur keberadaannya dalam Bab IX, Pasal 24 dan Pasal 24C UUD 1945;
28) Komisi Yudisial yang juga diatur dalam Bab IX, Pasal 24B UUD 1945 sebagai *auxiliary organ* terhadap Mahkamah Agung yang diatur dalam Pasal 24 dan Pasal 24A UUD 1945;

29) Tentara Nasional Indonesia (TNI) diatur tersendiri dalam UUD 1945, yaitu dalam Bab XII tentang Pertahanan dan Keamanan Negara, pada Pasal 30 UUD 1945;
30) Angkatan Darat (TNI AD) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
31) Angkatan Laut (TNI AL) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
32) Angkatan Udara (TNI AU) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
33) Kepolisian Negara Republik Indonesia (POLRI) yang juga diatur dalam Bab XII Pasal 30 UUD 1945;
34) Badan-badan lain yang fungsinya terkait dengan kehakiman seperti kejaksaan diatur dalam undang-undang sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi, "Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang."[289]

Jika diuraikan lebih perinci lagi, apa yang ditentukan dalam Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 tersebut dapat pula membuka pintu bagi lembaga-lembaga negara lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman yang tidak secara eksplisit disebut dalam UUD 1945. Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 menentukan, "Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang." Artinya, selain Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, serta Komisi Yudisial dan kepolisian negara yang sudah diatur dalam UUD 1945, masih ada badan-badan lainnya yang jumlahnya lebih dari satu yang mempunyai fungsi yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman. Badan-badan lain yang dimaksud itu antara lain adalah Kejaksaan Agung yang semula dalam rancangan Perubahan UUD 1945 tercantum sebagai salah satu lembaga yang diusulkan diatur dalam Bab tentang Kekuasaan Kehakiman, tetapi tidak mendapat kesepakatan, sehingga pengaturannya dalam UUD 1945 ditiadakan.

Namun, karena yang disebut dalam Pasal 24 ayat (3) di atas adalah badan-badan, berarti jumlahnya lebih dari satu. Artinya, selain Kejaksaan Agung, masih ada lagi lembaga lain yang fungsinya juga berkaitan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu yang menjalankan fungsi penyelidikan, penyidikan, dan/atau penuntutan. Lembaga-lembaga

[289] Dalam rancangan perubahan UUD, semula tercantum pengaturan mengenai Kejaksaan Agung. Akan tetapi, karena tidak mendapatkan kesepakatan, maka sebagai gantinya disepakatilah rumusan Pasal 24 ayat (3) tersebut. Karena itu, perkataan "badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman" dalam ketentuan tersebut dapat ditafsirkan salah satunya adalah Kejaksaan Agung. Di samping itu, sesuai dengan amanat UU, Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi atau KPK juga dapat disebut sebagai contoh lain mengenai badan-badan yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman.

dimaksud misalnya adalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnasham), Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK), dan sebagainya. Lembaga-lembaga ini, seperti halnya Kejaksaan Agung, meskipun tidak secara eksplisit disebut dalam UUD 1945, tetapi sama-sama memiliki *constitutional importance* dalam sistem konstitusional berdasarkan UUD 1945.

Misalnya, mengenai keberadaan Komnas Hak Asasi Manusia. Materi perlindungan konstitusional hak asasi manusia merupakan materi utama setiap konstitusi tertulis di dunia. Untuk melindungi dan mempromosikan hak-hak asasi manusia itu, dengan sengaja negara membentuk satu komisi yang bernama Komnasham (Komisi Nasional Hak Asasi Manusia). Artinya, keberadaan lembaga negara bernama Komnas Hak Asasi Manusia itu sendiri sangat penting bagi negara demokrasi konstitusional. Karena itu, meskipun pengaturan dan pembentukannya hanya didasarkan atas undang-undang, tidak ditentukan sendiri dalam UUD, tetapi keberadaannya sebagai lembaga negara mempunyai apa yang disebut sebagai *constitutional importance* yang sama dengan lembaga-lembaga negara lainnya yang disebutkan eksplisit dalam UUD 1945.

Sama halnya dengan keberadaan Kejaksaan Agung dan kepolisian negara dalam setiap sistem negara demokrasi konstitusional ataupun negara hukum yang demokratis. Keduanya mempunyai derajat kepentingan (*importance*) yang sama. Namun, dalam UUD 1945, yang ditentukan kewenangannya hanya kepolisian negara yaitu dalam Pasal 30, sedangkan Kejaksaan Agung sama sekali tidak disebut. Hal tidak disebutnya Kejaksaan Agung yang dibandingkan dengan disebutnya Kepolisian dalam UUD 1945, tidak dapat dijadikan alasan untuk menilai bahwa kepolisian negara itu lebih penting daripada Kejaksaan Agung. Keduaduanya sama-sama penting atau memiliki *constitutional importance* yang sama. Setiap yang mengaku menganut prinsip demokrasi konstitusional atau negara hukum yang demokratis, haruslah memiliki perangkat kelembagaan kepolisian negara dan kejaksaan sebagai lembaga-lembaga penegak hukum yang efektif.

c. Pembedaan dari Segi Fungsi dan Hierarki[290]

Dari segi fungsinya, ke-34 lembaga tersebut, ada yang bersifat utama atau primer, dan ada pula yang bersifat sekunder atau penunjang (*auxiliary*). Adapun dari segi hierarkinya, ke-30 lembaga itu dapat dibedakan ke dalam tiga lapis. Organ lapis pertama dapat disebut seba-

[290] Jimly Ashiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 16.

gai lembaga tinggi negara. Organ lapis kedua disebut sebagai lembaga negara saja, sedangkan organ lapis ketiga merupakan lembaga daerah. Memang benar sekarang tidak ada lagi sebutan lembaga tinggi dan lembaga tertinggi negara. Namun, untuk memudahkan pengertian, organ-organ konstitusi pada lapis pertama dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara, yaitu:

1) Presiden dan Wakil Presiden;
2) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR);
3) Dewan Perwakilan Daerah (DPD);
4) Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR);
5) Mahkamah Konstitusi (MK);
6) Mahkamah Agung (MA);
7) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).

Organ lapis kedua dapat disebut lembaga negara saja. Ada yang mendapatkan kewenangannya dari UUD, dan ada pula yang mendapatkan kewenangannya dari undang-undang. Yang mendapatkan kewenangan dari UUD, misalnya, adalah Komisi Yudisial, Tentara Nasional Indonesia, dan Kepolisian Negara; sedangkan lembaga yang sumber kewenangannya adalah undang-undang, misalnya, adalah Komnas HAM, Komisi Penyiaran Indonesia, dan sebagainya. Kedudukan kedua jenis lembaga negara tersebut dapat disebandingkan satu sama lain. Hanya saja, kedudukannya meskipun tidak lebih tinggi, tetapi jauh lebih kuat. Keberadaannya disebutkan secara eksplisit dalam undang-undang, sehingga tidak dapat ditiadakan atau dibubarkan hanya karena kebijakan pembentukan undang-undang. Lembaga-lembaga negara sebagai organ konstitusi lapis kedua itu adalah:

1) Menteri Negara;
2) Tentara Nasional lndonesia;
3) Kepolisian Negara;
4) Komisi Yudisial;
5) Komisi Pemilihan Umum;
6) Bank Sentral.

Dari keenam lembaga atau organ negara tersebut di atas, yang secara tegas ditentukan nama dan kewenangannya dalam UUD 1945 adalah menteri negara, Tentara Nasional lndonesia, kepolisian negara, dan Komisi Yudisial. Komisi Pemilihan Umum hanya disebutkan kewenangan pokoknya, yaitu sebagai lembaga penyelenggara pemilihan umum (pemilu). Akan tetapi, nama lembaganya apa, tidak secara tegas disebut,

karena perkataan komisi pemilihan umum tidak disebut dengan huruf besar.

Ketentuan Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 berbunyi, "Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri." Adapun ayat (6) berbunyi, "Ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang." Karena itu, dapat ditafsirkan bahwa nama resmi organ penyelenggara pemilihan umum dimaksud akan ditentukan oleh undang-undang. Undang-undang dapat saja memberi nama kepada lembaga ini bukan Komisi Pemilihan Umum, tetapi misalnya Komisi Pemilihan Nasional atau nama lainnya.

Selain itu, nama dan kewenangan bank sentral juga tidak tercantum eksplisit dalam UUD 1945. Ketentuan Pasal 23D UUD 1945 hanya menyatakan, "Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab, dan independensinya diatur dengan undang-undang." Bahwa bank sentral itu diberi nama seperti yang sudah dikenal seperti selama ini, yaitu "Bank Indonesia", maka hal itu adalah urusan pembentuk undang-undang yang akan menentukannya dalam undang-undang. Demikian pula dengan kewenangan bank sentral itu, menurut Pasal 23D tersebut, akan diatur dengan UU.

Dengan demikian, derajat protokoler kelompok organ konstitusi pada lapis kedua tersebut di atas jelas berbeda dari kelompok organ konstitusi lapis pertama. Organ lapis kedua ini dapat disejajarkan dengan posisi lembaga-lembaga negara yang dibentuk berdasarkan undang-undang, seperti Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM),[291] Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK),[292] Komisi Penyiaran Indonesia (KPI),[293] Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU),[294] Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR),[295] Konsil Kedokteran Indonesia, dan lain sebagainya.

[291] Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3889).

[292] Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4250).

[293] Undang-Undang No. 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 139, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4252).

[294] Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3817), Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

[295] Undang-Undang No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4429).

Kelompok ketiga adalah organ konstitusi yang termasuk kategori lembaga negara yang sumber kewenangannya berasal dari regulator atau pembentuk peraturan di bawah undang-undang. Misalnya Komisi Hukum Nasional dan Komisi Ombudsman Nasional dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden belaka. Artinya, keberadaannya secara hukum hanya didasarkan atas kebijakan presiden (*presidential policy*) atau *beleid* presiden. Jika presiden hendak membubarkannya lagi, maka tentu presiden berwenang untuk itu. Artinya, keberadaannya sepenuhnya tergantung kepada *beleid* presiden.

Di samping itu, ada pula lembaga-lembaga daerah yang diatur dalam Bab VI UUD 1945 tentang Pemerintah Daerah. Dalam ketentuan tersebut diatur adanya beberapa organ jabatan yang dapat disebut sebagai organ daerah atau lembaga daerah yang merupakan lembaga negara yang terdapat di daerah. Lembaga-lembaga daerah itu adalah:

1) Pemerintahan daerah provinsi;
2) Gubernur;
3) DPRD provinsi;
4) Pemerintahan daerah kabupaten;
5) Bupati;
6) DPRD kabupaten;
7) Pemerintahan daerah kota;
8) Walikota;
9) DPRD kota.

Di samping itu, dalam Pasal 18B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, disebut pula adanya satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa. Bentuk satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa itu, dinyatakan diakui dan dihormati keberadaannya secara tegas oleh undang-undang dasar, sehingga eksistensinya sangat kuat secara konstitusional.

Oleh sebab itu, tidak dapat tidak keberadaan unit atau satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa itu harus pula dipahami sebagai bagian dari pengertian lembaga daerah dalam arti yang lebih luas. Dengan demikian, lembaga daerah dalam pengertian di atas dapat dikatakan berjumlah sepuluh organ atau lembaga.

Di antara lembaga-lembaga negara yang disebutkan dalam UUD 1945, ada yang dapat dikategorikan sebagai organ utama atau primer (*primary constitutional organs*), dan ada pula yang merupakan organ pendukung atau penunjang (*auxiliary state organs*). Untuk memahami perbedaan di antara keduanya, lembaga-lembaga negara tersebut dapat

dibedakan dalam tiga ranah (*domain*) (i) kekuasaan eksekutif atau pelaksana; (ii) kekuasaan legislatif dan fungsi pengawasan; (iii) kekuasaan kehakiman atau fungsi yudisial.

Dalam cabang kekuasaan eksekutif atau pemerintahan negara ada presiden dan wakil presiden yang merupakan satu kesatuan institusi kepresidenan. Dalam bidang kekuasaan kehakiman, meskipun lembaga pelaksana atau pelaku kekuasaan kehakiman itu ada dua, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, tetapi di samping keduanya ada pula Komisi Yudisial sebagai lembaga pengawas martabat, kehormatan, dan perilaku hakim. Keberadaan fungsi Komisi Yudisial ini bersifat penunjang (*auxiliary*) terhadap cabang kekuasaan kehakiman. Komisi Yudisial bukanlah lembaga penegak hukum (*the enforcer* of *the rule* of *law*), tetapi merupakan lembaga penegak etika kehakiman (*the enforcer* of *the rule* of *judicial ethics*).

Adapun dalam fungsi pengawasan dan kekuasaan legislatif, terdapat empat organ atau lembaga, yaitu (i) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR); (ii) Dewan Perwakilan Daerah (DPD); (iii) Majelis permusyawaratan Rakyat (MPR); dan (iv) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).

Sementara itu, di cabang kekuasaan judisial, dikenal adanya tiga lembaga, yaitu Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Agung, dan Komisi Yudisial. Yang menjalankan fungsi kehakiman hanya dua, yaitu Mahkamah Konstitusi, dan Mahkamah Agung. Tetapi, dalam rangka pengawasan terhadap kinerja hakim dan sebagai lembaga pengusul pengangkatan hakim agung, dibentuk lembaga tersendiri yang bemama Komisi Yudisial. Komisi ini bersifat independen dan berada di luar kekuasaan Mahkamah Konstitusi ataupun Mahkamah Agung, dan karena itu kedudukannya bersifat independen dan tidak tunduk kepada pengaruh keduanya. Akan tetapi, fungsinya tetap bersifat penunjang (*auxiliary*) terhadap fungsi kehakiman yang terdapat pada Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Meskipun Komisi Yudisial ditentukan kekuasaannya dalam UUD 1945, tidak berarti ia mempunyai kedudukan yang sederajat dengan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

Sebagai perbandingan, Kejaksaan Agung tidak ditentukan kewenangannya dalam UUD 1945, sedangkan Kepolisian Negara ditentukan dalam Pasal 30 UUD 1945. Akan tetapi, pencantuman ketentuan tentang kewenangan Kepolisian itu dalam UUD 1945 tidak dapat dijadikan alasan untuk menyatakan bahwa Kepolisian lebih tinggi kedudukannya daripada Kejaksaan Agung. Dalam setiap negara hukum yang demokratis, lembaga kepolisian dan kejaksaan sama-sama memiliki *constitutional importance* yang serupa sebagai lembaga penegak hukum. Di pihak

lain, pencantuman ketentuan mengenai kepolisian negara itu dalam UUD 1945, juga tidak dapat ditafsirkan seakan menjadikan lembaga kepolisian negara itu menjadi lembaga konstitusional yang sederajat kedudukannya dengan lembaga-lembaga tinggi negara lainnya, seperti presiden, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, DPR, DPD, dan lain sebagainya. Artinya, hal disebut atau tidaknya atau ditentukan tidaknya kekuasaan sesuatu lembaga dalam undang-undang dasar tidak serta merta menentukan hierarki kedudukan lembaga negara yang bersangkutan dalam struktur ketatanegaraan Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945.

Dengan demikian, dari segi keutamaan kedudukan dan fungsinya, lembaga (tinggi) negara yang dapat dikatakan bersifat pokok atau utama adalah (i) Presiden; (ii) DPR (Dewan Perwakilan Rakyat); (iii) DPD (Dewan Perwakilan Daerah); (iv) MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat); (v) MK (Mahkamah Konstitusi); (vi) MA (Mahkamah Agung); dan (vii) BPK (Badan Pemeriksa Keuangan). Lembaga tersebut di atas dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara. Adapun lembaga-lembaga negara yang lainnya bersifat menunjang atau *auxiliary* belaka. Oleh karena itu, seyogianya tata urutan protokoler ketujuh lembaga negara tersebut dapat disusun berdasarkan sifat-sifat keutamaan fungsi dan kedudukannya masing-masing sebagaimana diuraikan tersebut.

Oleh sebab itu, seperti hubungan antara KY dengan MA, maka faktor fungsi keutamaan atau fungsi penunjang menjadi penentu yang pokok. Meskipun posisinya bersifat independen terhadap MA, tetapi KY tetap tidak dipandang sederajat sebagai lembaga tinggi negara. Kedudukan protokolnya tetap berbeda dengan MA. Demikian juga, Komisi Pengawas Kejaksaan dan Komisi Kepolisian tetap tidak dapat disederajatkan secara struktural dengan organisasi POLRI dan Kejaksaan Agung, meskipun komisi-komisi pengawas itu bersifat independen dan atas dasar itu kedudukannya secara fungsional dipandang sederajat. Yang dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara yang utama tetaplah lembaga-lembaga tinggi negara yang mencerminkan cabang-cabang kekuasaan utama negara, yaitu *legislature, executive,* dan *judiciary*.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa lembaga-lembaga negara seperti Komisi Yudisial (KY), TNI, POLRI, menteri negara, Dewan Pertimbangan Presiden, dan lain-lain, meskipun sama-sama ditentukan kewenangannya dalam UUD 1945 seperti presiden/wapres, DPR, MPR, MK, dan MA, tetapi dari segi fungsinya lembaga-lembaga tersebut bersifat *auxiliary* atau memang berada dalam satu ranah cabang kekuasaan. Misalnya, untuk menentukan apakah KY sederajat dengan MA dan

MK, maka kriteria yang dipakai tidak hanya bahwa kewenangan KY itu seperti halnya kewenangan MA dan MK ditentukan dalam UUD 1945. Karena, kewenangan TNI dan POLRI juga ditentukan dalam Pasal 30 UUD 1945. Namun, tidak dengan begitu, kedudukan struktural TNI dan POLRI dapat disejajarkan dengan tujuh lembaga negara yang sudah diuraikan di atas. TNI dan POLRI tetap tidak dapat disejajarkan strukturnya dengan presiden dan wakil presiden, meskipun kewenangan TNI dan POLRI ditentukan tegas dalam UUD 1945.

Demikian pula, Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan (PPATK), Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK), dan sebagainya, meskipun kewenangannya dan ketentuan mengenai kelembagaannya tidak diatur dalam UUD 1945, tetapi kedudukannya tidak dapat dikatakan berada di bawah POLRI dan TNI hanya karena kewenangan kedua lembaga terakhir ini diatur dalam UUD 1945. Kejaksaan Agung dan Bank Indonesia sebagai bank sentral juga tidak ditentukan kewenangannya dalam UUD, melainkan hanya ditentukan oleh undang-undang. Tetapi kedudukan Kejaksaan Agung dan Bank Indonesia tidak dapat dikatakan lebih rendah daripada TNI dan POLRI. Oleh sebab itu, sumber normatif kewenangan lembaga-lembaga tersebut tidak otomatis menentukan status hukumnya dalam hierarkis susunan antara lembaga negara.

d. Prinsip-prinsip Hubungan Antarlembaga Negara[296]

Perubahan UUD 1945 yang bersifat mendasar tentu mengakibatkan pada perubahan kelembagaan negara. Hal ini tidak saja karena adanya perubahan terhadap butir-butir ketentuan yang mengatur tentang kelembagaan negara, tetapi juga karena perubahan paradigma hukum dan ketatanegaraan. Beberapa prinsip mendasar yang menentukan hubungan antarlembaga negara di antaranya adalah supremasi konstitusi, sistem presidensial, serta pemisahan kekuasaan dan *check and balances*.

● Supremasi Konstitusi

Salah satu perubahan mendasar dalam UUD 1945 adalah perubahan Pasal 1 ayat (2) yang berbunyi "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar." Ketentuan ini membawa implikasi bahwa kedaulatan rakyat tidak lagi dilakukan sepenuhnya oleh MPR, tetapi dilakukan menurut ketentuan undang-un-

[296] Jimly Asshiddiqie, *Op. cit.*, hlm. 20.

dang dasar. MPR tidak lagi menjadi lembaga tertinggi negara tersebut lembaga-lembaga tinggi negara.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 tersebut, UUD 1945 menjadi dasar hukum tertinggi pelaksanaan kedaulatan rakyat. Hal ini berarti kedaulatan rakyat dilakukan oleh seluruh organ konstitusional dengan masing-masing fungsi dan kewenangannya berdasarkan UUD 1945. Jika berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 sebelum perubahan kedaulatan dilakukan sepenuhnya oleh MPR dan kemudian didistribusikan kepada lembaga-lembaga tinggi negara, maka berdasarkan hasil perubahan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 kedaulatan tetap berada di tangan rakyat dan pelaksanaannya langsung didistribusikan secara fungsional (*distributed functionally*) kepada organ-organ konstitusional.

Konsekuensinya, setelah Perubahan UUD 1945 tidak dikenal lagi konsepsi lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara. Lembaga-Iembaga negara yang merupakan organ konstitusional kedudukannya tidak lagi seluruhnya hierarkis di bawah MPR, tetapi sejajar dan saling berhubungan menurut kewenangan masing-masing berdasarkan UUD 1945.

- **Sistem Presidensial**

Sebelum adanya Perubahan UUD 1945, sistem pemerintahan yang dianut tidak sepenuhnya sistem presidensial. Jika dilihat hubungan antara DPR sebagai parlemen dengan presiden yang sejajar (*neben*), serta adanya masa jabatan presiden yang ditentukan (*fix term*) memang menunjukkan ciri sistem presidensial. Namun jika dilihat dari keberadaan MPR yang memilih, memberikan mandat, dan dapat memberhentikan presiden, maka sistem tersebut memiliki ciri-ciri sistem parlementer. presiden adalah mandataris MPR dan sebagai konsekuensinya presiden bertanggung jawab kepada MPR dan MPR dapat memberhentikan presiden.

Salah satu kesepakatan dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 1999 terkait Perubahan UUD 1945 adalah "sepakat untuk mempertahankan sistem presidensial (dalam pengertian sekaligus menyempurnakan agar betul-betul memenuhi ciri-ciri umum sistem presidensial)." Penyempurnaan dilakukan dengan perubahan-perubahan ketentuan UUD 1945 terkait sistem kelembagaan. Perubahan mendasar pertama adalah perubahan kedudukan MPR yang mengakibatkan kedudukan MPR tidak lagi merupakan lembaga tertinggi negara, sebagaimana telah dibahas sebelumnya. Perubahan selanjutnya untuk menyempurnakan sistem presidensial adalah menyeimbangkan legitimasi dan kedudukan antara

lembaga eksekutif dan legislatif, dalam hal ini terutama antara DPR dan presiden. Hal ini dilakukan dengan pengaturan mekanisme pemilihan presiden dan wakil presiden yang dilakukan secara langsung oleh rakyat dan mekanisme pemberhentian dalam masa jabatan sebagaimana diatur dalam Pasal 6, 6A, 7, 7A, dan 8 UUD 1945. Karena presiden dan wakil presiden dipilih secara langsung oleh rakyat, maka memiliki legitimasi kuat dan tidak dapat dengan mudah diberhentikan kecuali karena melakukan tindakan pelanggaran hukum.

Proses usulan pemberhentian presiden dan atau wakil presiden tidak lagi sepenuhnya diserahkan kepada mekanisme politik, tetapi dengan mengingat dasar usulan pemberhentiannya adalah masalah pelanggaran hukum, maka proses hukum melalui Mahkamah Konstitusi harus dilalui. Di sisi yang lain, kekuasaan Presiden membuat Undang-Undang sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 sebelum perubahan, diganti dengan hak mengusulkan rancangan undang-undang dan diserahkan kepada DPR sebagaimana diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UUD 1945. Selain itu juga ditegaskan Presiden tidak dapat membubarkan DPR sebagaimana diatur dalam Pasal 7C UUD 1945.

- **Pemisahan Kekuasaan dan *Check and Balances***

Sebelum perubahan UUD 1945, sistem kelembagaan yang dianut bukan pemisahan kekuasaan (*separation of power*) tetapi sering disebut dengan istilah pembagian kekuasaan (*distribution of power*). Presiden tidak hanya memegang kekuasaan pemerintahan tertinggi (eksekutif) tetapi juga memegang kekuasaan membentuk undang-undang atau kekuasaan legislatif bersama-sama dengan DPR sebagai *co-legislator*-nya. Adapun, masalah kekuasaan kehakiman (yudikatif) dalam UUD 1945 sebelum perubahan dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang.

Dengan adanya perubahan kekuasaan pembentukan undang-undang yang semula dimiliki oleh presiden menjadi dimiliki oleh DPR berdasarkan hasil Perubahan UUD 1945, terutama Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 ayat (1), maka yang disebut sebagai lembaga legislatif (utama) adalah DPR, sedangkan lembaga eksekutif adalah presiden. Walaupun dalam proses pembuatan suatu undang-undang dibutuhkan persetujuan presiden, namun fungsi presiden dalam hal ini adalah sebagai *co-legislator*, bukan sebagai legislator utama. Adapun kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) dan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945.

Hubungan antara kekuasaan eksekutif yang dilakukan oleh presiden, kekuasaan legislatif oleh DPR dan kekuasaan yudikatif yang dilakukan oleh MA dan MK merupakan perwujudan sistem *checks and balances.* Sistem *checks and balances* dimaksudkan untuk mengimbangi pembagian kekuasaan yang dilakukan agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga pemegang kekuasaan tertentu atau terjadi kebuntuan dalam hubungan antarlembaga. Oleh karena itu, dalam pelaksanaan suatu kekuasaan selalu ada peran lembaga lain.

Dalam pelaksanaan kekuasaan pembuatan undang-undang misalnya, walaupun ditentukan kekuasaan membuat undang-undang dimiliki oleh DPR, namun dalam pelaksanaannya membutuhkan kerja sama dengan *co-legislator*, yaitu presiden. Bahkan suatu ketentuan undang-undang yang telah mendapatkan persetujuan bersama DPR dan presiden serta telah disahkan dan diundangkan pun dapat dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh MK jika dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

Khusus mengenai DPD, meskipun terkait dengan kekuasaan legislatif, khususnya berkenaan dengan rancangan undang-undang tertentu, tetapi fungsinya tidak disebut sebagai fungsi legislatif. DPD hanya berfungsi terbatas memberi saran, pertimbangan atau pendapat serta melakukan pengawasan yang sifatnya tidak mengikat. Karena itu DPD bukan sepenuhnya sebagai lembaga legislatif. Keberadaannya hanya bersifat penunjang terhadap fungsi DPR.

Di sisi lain, presiden dalam menjalankan kekuasaan pemerintahannya mendapatkan pengawasan dari DPR. Pengawasan tidak hanya dilakukan setelah suatu kegiatan dilaksanakan, tetapi juga pada saat dibuat perencanaan pembangunan dan alokasi anggarannya. Bahkan kedudukan DPR dalam hal ini cukup kuat karena memiliki fungsi anggaran secara khusus selain fungsi legislasi dan fungsi pengawasan sebagaimana diatur pada Pasal 20A UUD 1945. Namun demikian kekuasaan DPR juga terbatas, DPR tidak dapat menjatuhkan presiden dan atau wakil presiden kecuali karena alasan pelanggaran hukum. Usulan DPR tersebut harus melalui forum hukum di MK sebelum dapat diajukan ke MPR.

2. Sistem Pemerintahan

Dasar dan bentuk susunan suatu negara secara teoretis berhubungan erat dengan riwayat hukum dan stuktur sosial dari suatu bangsa.[297]

[297] Notulen rapat-rapat BPUPKI dan PPKI memberi gambaran betapa mendalam dan tinggi mutu diskusi para Bapak Bangsa tentang sistem pemerintahan. Pada sidang-sidang itu, Prof. Soepomo, Mr. Maramis, Bung Karno, dan Bung Hatta mengajukan aneka pertimbangan filo-

Karena itulah setiap negara membangun susunan negaranya selalu dengan memperhatikan kedua konfigurasi politik, hukum dan struktur sosialnya. Atas dasar pemikiran tersebut, Soepomo dalam rapat BPUPK tanggal 31 Mei 1945 mengusulkan agar sistem pemerintahan negara Indnesia yang akan dibentuk.[298]

Dalam konteks tersebut, menurut penulis bahwa sangat urgennya dan sangat mendesaknya dalam pembentukan susunan negara terlebih dahulu menentukan sistem pemerintahannya dalam konstitusi, karena akan berimplikasi hubungan antara kekuasaan atau pemerintahan negara dan warga negaranya serta pertangggung jawaban kekuasaan pemerintahan negaranya. Oleh karena itu, sistem pemerintahan dapat dibagi kedalam dua bagian yang akan diuraikan di bawah ini.

a. Sistem Parlementer

Di dalam sistem ini ada hubungan yang erat antara badan eksekutif dengan badan legislatif, atau parlemen, atau badan perwakilan rakyat. Tugas atau kekuasaan eksekutif di sini diserahkan kepada suatu badan yang disebut kabinet atau dewan menteri. Kabinet ini mempertanggungjawabkan kebijaksanaannya, terutama dalam lapangan pemerintahan kepada badan perwakilan rakyat, yang menurut ajaran trias politika

---

sofis dan hasil kajian empiris untuk mendukung keyakinan mereka bahwa Trias Politica ala Montesqieue bukan sistem pembagian kekuasaan yang paling cocok untuk melaksanakan kedaulatan rakyat. Bahkan, Soepomo, Soekarno menganggap Trias Politica sudah kolot dan tidak cocok untuk kondisi Indonesia. Pada rapat Panitia Hukum Dasar, bentukan BPUPKI, 11 juli 1945, dicapai kesepakatan, Republik Indonesia tidak akan menggunakan sistem parlementer seperti di Inggris karena merupakan penerapan dari perspektif individualisme. Sistem tersebut dipandang tidak mengenal pemisahan kekuasaan secara tegas. Antara cabang legislatif dan eksekutif ada *fusion of power* karena kekuasaan eksekutif sebenarnya adalah "bagian" kekuasaan legislatif. Perdana menteri dan para menteri sebagai kabinet yang kolektif adalah anggota parlemen. Sebaliknya, sistem presidensial dipandang tidak cocok untuk Indonesia yang baru merdeka karena sistem itu mempunyai tiga kelemahan. *Pertama*, sistem presidensial mengandung risiko konflik berkepanjangan antara legislatif -eksekutif. *Kedua*, sistem ini dianggap amat kaku karena presiden tidak dapat diturunkan sebelum masa jabatannya berakhir. Ketiga, cara pemilihan *winner takes all* seperti dipraktikkan di Amerika Serikat bertentangan dengan semangat demokrasi. Indonesia yang baru merdeka akan menggunakan "sistem sendiri" sesuai usulan Dr. Soekiman, anggota BPUPKI dari Yogyakarta dan Prof. Soepomo, Ketua Panitia Kecil BPUPKI. Para ahli Indonesia menggunakan terminologi yang berbeda untuk menamakan sistem khas Indonesia tersebut. Ismail Suny menyebutnya sistem kuasi presidensial, Padmo Wahono menamakannya sistem mandataris, dan Azhary menamakannya sistem MPR. Dalam klasifikasi Verney, sistem yang mengandung karakteristik sistem presidensial dan parlementer disebut sistem semi-presidensial. Lihat: Sofyan Efendi, acara Dies Natalis ke 18 Universitas Wangsa Manggala, Yogyakarta, pada 9 Oktober 2004 dengan tema *Revitalisasi Nilai Luhur Budaya Bangsa Sebagai Landasan Jatidiri Bangsa Indonesia,* hlm. 5.

[298] Sekretariat Negara RI, *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Kemerdekaan* (*BPUPK*) *dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei–22 Agustus 1945.* Jakarta, Sekretariat Negara RI, 1998, hlm. 55.

Montesquieu diserahi tugas memegang kekuasaan perundang-undangan, atau kekuasaan legislatif.

Pertanggungjawaban ini tidak berarti bahwa badan eksekutif harus mengikuti segala apa yang dikehendaki oleh badan perwakilan rakyat saja, dan menjalankan apa yang menjadi kemauan daripada badan perwakilan rakyat; tetapi kabinet masih memiliki kebebasan dalam menentukan kebijaksanaannya, terutama mengenai langkah-langkah pemerintahannya. Jadi pokoknya kabinet masih mempunyai kebebasan dalam inisiatif. Hanya saja dalam tindakan-tindakannya mereka bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat atau parlemen, yang berarti bahwa mereka setiap waktu atau setiap kali dapat dimintai pertanggungjawaban tentang kebijaksanaannya oleh badan perwakilan rakyat.

Jika terjadi hal yang demikian, artinya badan perwakilan rakyat minta pertanggungjawaban kepada kabinet tentang kebijaksanaannya maka kabinet harus membela dan menjelaskan kebijaksanaannya itu kepada badan perwakilan rakyat. Penjelasan ini mungkin hanya dilakukan oleh salah seorang menteri yang bersangkutan, atau mungkin oleh kabinet sendiri, jadi seluruh menterilah yang bertanggung jawab. Jika demikian halnya maka biasanya penjelasan diberikan oleh perdana menterinya.

Setelah itu tergantung kapada penilaian daripada badan perwakilan rakyat itu, untuk dapat menerima baik pertanggungjawaban yang diberikan oleh kabinet tersebut, ataukah tidak. Kalau badan perwakilan rakyat dapat menerima pertanggungan jawab yang diberikan oleh kabinet tersebut, maka dalam hal ini tidak akan terjadi sesuatu hal, akan tetapi kalau badan perwakilan tidak dapat menerima, ada kemungkinan bahwa badan perwakilan rakyat itu dengan suatu keputusan menyatakan tidak percaya terhadap kebijaksanaan pemerintah atau kabinet tersebut. Jika terjadi hal yang demikian ini maka menteri, atau para menteri yang bersangkutan, atau kadang-kadang malahan seluruh menteri atau seluruh anggota kabinet harus mengundurkan diri. Inilah yang disebut sebagai krisis kabinet.

Oleh karena kabinet itu bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat, maka sudah barang tentu pertanggungjawaban itu kebanyakan akan diterima baik oleh badan perwakilan rakyat, jika kebijaksanaan pada umumnya dari kabinet itu sesuai dengan yang dikehendaki oleh mayoritas di dalam badan perwakilan rakyat. Dan kebijaksanaan yang demikian itu pada umunya dapat diharapkan akan mendapatkan penerimaan baik oleh mayoritas dalam badan perwakilan rakyat, kalau dalam pembentukan kabinet itu telah diusahakan terlebih dahulu du-

duknya orang-orang yang bersama-sama merupakan mayoritas di dalam parlemen.[299]

Menurut Arend Lijphart[300] ciri-ciri sistem pemerintahan parlementer, yakni terdiri dari:

1) Majelis menjadi parlemen;
2) Kepala pemerintahan mengangkat menteri;
3) Kementerian (pemerintah) adalah badan kolektif;
4) Menteri biasanya merupakan anggota parlemen;
5) Pemerintah bertanggung jawab secara politik kepada majelis;
6) Kepala pemerintahan dapat memberikan pendapat kepada kepala negara untuk membubarkan parlemen;
7) Parlemen sebagai suatu kesatuan memiliki supremasi atas kedudukan yang lebih tinggi dari bagian-bagiannya pemerintah dan majelis, tetapi mereka tidak saling menguasai;
8) Pemerintah sebagai suatu kesatuan hanya bertanggung jawab secara tak langsung kepada para pemilih;
9) Parlemen adalah fokus kekuasaan dalam sistem politik.

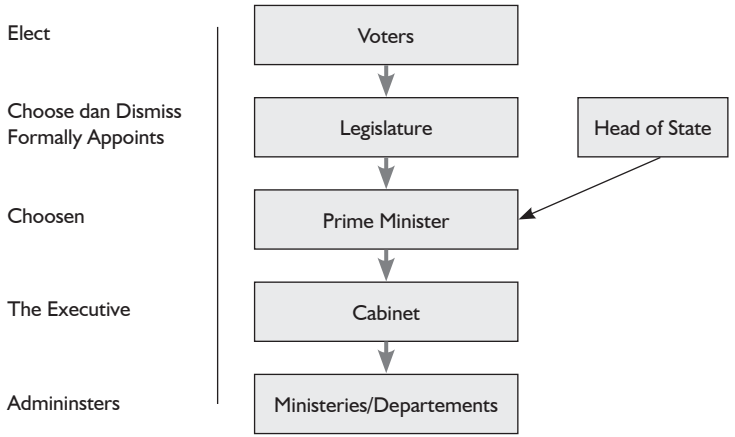
Adapun menurut Jimly Asshiddiqie,[301] bahwa dalam sistem parlementer dapat dikemukakan enam ciri, yaitu:

1) Kabinet dibentuk dan bertanggung jawab kepada parlemen;
2) Kabinet dibentuk sebagai satu kesatuan dengan tanggung jawab kolektif di bawah perdana menteri;
3) Kabinet mempunyai hak konstitusional untuk membubarkan parlemen sebelum periode bekerjanya berakhir;
4) Setiap anggota kabinet adalah anggota parlemen yang terpilih;
5) Kepala pemerintahan (perdana menteri) tidak dipilih langsung oleh rakyat, melainkan hanya dipilih menjadi salah seorang anggota parlemen;
6) Adanya pemisahan yang tegas antara kepala negara dan kepala pemerintahan.

[299] *Ibid.*, hlm. 249-251.

[300] Arend Lijphart, *Parliamentary versus Presidential Goverment*; diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Ibrahim R.dkk., *Sistem Pemerintahan Parlementer dan Presidensial*, Edisi Pertama, cet. ke-1, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 1995, hlm. 36-41.

[301] Jimly Asshiddiqie, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah*: *Telaah Perbandingan Konstitusi Berbagai Negara*, cet. ke-1, Jakarta: UI Press, 1996, hlm. 67.



BAGAN SISTEM PEMERINTAHAN PARLEMENTER[302]

b. Sistem Presidensial

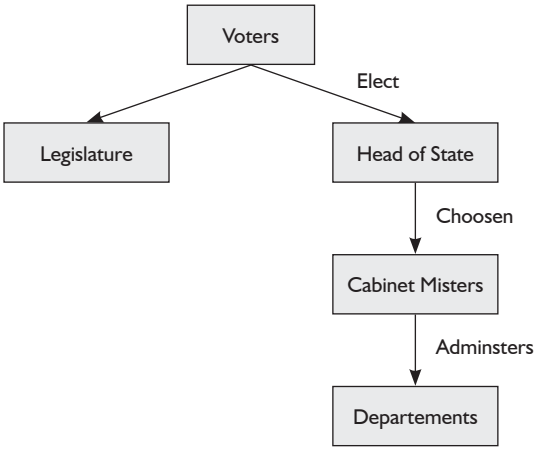
Dalam sistem ini, apabila susunan daripada badan eksekutif terdiri daripada seorang presiden, sebagai kepala pemerintahan, dan didampingi atau dibantu oleh seorang wakil presiden. Presiden di dalam menjalankan tugasnya dibantu oleh para menteri. Jadi para menteri itu kedudukannya sebagai pembantu presiden, maka para menteri tersebut di dalam menjalankan tugasnya harus bertanggung jawab kepada presiden. Para menteri itu diangkat dan diberhentikan oleh presiden.

Menteri-menteri itu sebagai pembantu presiden bertugas memimpin departemen pemerintahan, dan bertanggung jawab kepada presiden. Badan perwakilan rakyat tidak dapat memberhentikan seseorang atau beberapa orang menteri yang turut bekerja di dalam badan eksekutif, meskipun badan perwakilan rakyat itu tidak dapat menyetujui kebijaksanaan daripada para menteri tersebut.

Jadi para menteri ini tidak mempunyai hubungan ke luar, dimaksudkan hubungan pertanggungjawaban dengan badan perwakilan rakyat. Yang bertanggung jawab pelaksanaan tugas yang diberikan kepada mereka oleh kepala negara, adalah kepala negara sendiri. Adapun kepala negara inipun tidak bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat, atas kebijaksanaan penyelesaian daripada tugas-tugasnya. Maka mengingat akan kedudukan para menteri ini, yang hanya merupakan pembantu daripada presiden, dan di mana presiden itu nyata-nyata

[302] Rod Hague dan Martin Harrop, *Comperative Government and Politics an introduction*, 5 ed, New York: Palgrave, 2001, hlm. 240.

merupakan pimpinan daripada badan eksekutif, stelsel atau sistem yang demikian ini disebut stelsel atau sistem presidensial.[303]



BAGAN SISTEM PEMERINTAHAN PRESIDENSIAL[304]

Adapun sistem presidensial menurut Arend Lijphart,[305] terdiri dari:

1) Majelis tetap sebagai majelis saja;
2) Eksekutif tidak dibagi tetapi hanya ada seorang presiden yang dipilih oleh rakyat untuk masa jabatan tertentu pada saat majelis dipilih;
3) Kepala pemerintahan adalah kepala negara;
4) Presiden mengangkat kepala departemen yang merupakan bawahannya;
5) Presiden adalah eksekutif tunggal;
6) Anggota majelis tidak boleh menduduki jabatan pemerintahan dan sebaliknya;
7) Eksekutif bertanggung jawab kepada konstitusi;
8) Presiden tidak dapat membubarkan atau memaksa majelis;
9) Majelis berkedudukan lebih tinggi dari bagian-bagian pemerintahan lain dan tidak ada peleburan bagian eksekutif dan legislatif seperti dalam sebuah parlemen;
10) Eksekutif bertanggung jawab langsung kepada para pemilih;
11) Tidak ada fokus kekuasaan dalam sistem politik.

[303] Soehino, *Ilmu Negar*a, Cet. ke-3, Yogyakarta: Liberty, 2000, hlm. 249.
[304] Rod hague dan Martin Harrop, *Op. cit.*, hlm. 237.
[305] *Ibid.*, hlm. 43-48.

Adapun sistem parlementer menurut Jimly[306] Pada sistem parlementer kedudukan presiden hanya sebagai kepala negara dimaksud bahwa presiden hanya memiliki kedudukan simbolik sebagai pemimpin yang mewakili segenap bangsa dan negara. Di beberapa negara, kepala negara juga memiliki kedudukan seremonial tertentu seperti pengukuhan, melantik dan mengambil sumpah perdana menteri beserta para anggota kabinet, dan para pejabat tinggi lainnya, mengesahkan undang-undang, mengangkat duta dan konsul, menerima duta besar dan perwakilan negara-negara asing, memberikan grasi, amnesti, abolisi dan rehalibitasi. Selain itu, pada negara-negara yang menganut sistem multipartai kepala negara dapat memengaruhi pemilihan calon perdana menteri.

Berdasarkan dari penjelasan di atas, wacana yang menarik adalah, sistem pemerintahan apakah yang dianut oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Iindonesia Tahun 1945 pasca-amendemen? Ketika pada 1999, timbul perdebatan mengenai perlunya diadakan perubahan UUD 1945, muncul kesepakatan bahwa perubahan itu dapat disepakati bersama, asalkan dapat dijamin bahwa sistem pemerintahan presidensial tidak akan berubah, dan bahkan ada pula yang menyatakan bahwa perubahan UUD 1945 akan dilakukan asalkan salah satunya dimaksudkan untuk memperkuat sistem presidensial. Di samping istilah penguatan sistem pemerintahan presidensial, terkadang ada juga yang menggunakan istilah pemurnian atau purifikasi sistem pemerintahan presidetil. Di antara cirinya yang baru ialah bahwa dalam sistem pemerintahan presidensial berdasarkan UUD 1945 dewasa ini, tidak ada lagi jalur pertanggungjawaban presiden kepada MPR, karena presiden dipilih langsung oleh rakyat, maka presiden juga harus langsung ber-

[306] *Ibid.*, hlm. 76-81. Wewenang dan kekuasaan presiden sebagai kepala negara pada sistem parlementer diatur secara konstitusional Sebagai contoh: *Algeria* (*Article 77*) *In addition to the po wers bestowed, explicitly, upon him by other provisions of the Constitution the Presiden of the Republic has the following powers and prerogatives: he is the Supreme Chief of all the Armed Forces of the Republic; he decides and conducts the foreign policy of the Nation; he presides the Cabinet; he appoints the Head of Government and puts an end to his functions; he signs the Presidenial decrees; he has the right of pardon, remission or commutation of punishment; he can refer to the People through a referendum on any issue of national importance; he concludes and ratifies international treaties; he awards State medals, decorations and honorific titles. Italia* (*Article 87*) *The Presiden of the Republic is the head of the State and represents the unity of the Na tion; The Presiden may send messages to Parliament; He shall call the elections of the two Chambers and fix the date of their first meeting; He shall authorize the submission to Parliament of bills proposed by the Government; He shall promulgate laws and i ssue decrees having the value of law, and government regulations; He shall call a referendum in such cases as are laid down by the Constitution; He shall appoint State officials in such cases as are laid down by the law; He shall accredit and receive diplo matic representatives; ratify international treaties, provided they are authorized by Parliament whenever such authorization is needed; The Presiden shall be the commander of the Armed forces.*

tanggung jawab kepada rakyat melalui penerapan prinsip-prinsip transparansi dan akuntabilitas, melalui kebebasan pers, melalui kebebasan berserikat, berkumpul, dan berpartai politik, dan melalui pemilihan umum yang langsung, umum, bebas, rahasia, dan jujur, serta bekeadilan secara periodik setiap lima tahunan. Dengan menelaah perkembangan yang demikian, maka kita tidak perlu ragu untuk menyatakan bahwa sistem pemerintahan yang dianut oleh UUD 1945 dewasa ini adalah sistem pemerintahan presidensial.[307]

F. PANDANGAN ISLAM TENTANG HUKUM TATA NEGARA[308]

Sebelum menjelaskan prinsip-prinsip utama negara dalam perspektif Islam, lebih bijak jika kita menjelaskan kedudukan yang saling berkait dan vital negara dan pemerintahan dalam Islam. Prof. Muhammad al-Mubarak dalam *Nizham al Islam: al Mulk wad Daulah* menjelaskan setidaknya terdapat enam alasan pentingnya kedudukan negara dan pemerintahan dalam Islam berdasarkan sumber dalam Al-Qur'an, Sunnah dan praktik sahabat.

Pertama, Al-Qur'an memiliki seperangkat hukum yang pelaksanaannya membutuhkan institusi negara dan pemerintahan. Di antara seperangkat hukum itu adalah hukum yang berkenaan dengan pelaksanaan hudud dan kisas, hukum yang berkaitan harta benda (*mal*) serta hukum yang menyangkut kewajiban jihad.

Kedua, Alquran meletakkan landasan yang kokoh baik dalam aspek akidah, syariah dan akhlak yang berfungsi sebagai bingkai dan menjadi jalan hidup kaum Muslimin. Pelaksanaan dan pengawasan ketiga prinsip utama dalam peri kehidupan kaum Muslimin tidak pelak membutuhkan intervensi dan peran negara.

Ketiga, terdapat ucapan-ucapan Nabi yang dapat menjadi *istidlal* bahwa negara dan pemerintahan menjadi elemen penting dalam ajaran Islam. Ucapan-ucapan Nabi itu meliputi aspek *imarah* (kepemimpinan), *al walayah* (keorganisasian), al *hukmu* (kepemerintahan) dan *al qadha* (ketetapan hakim). Beberapa Hadis itu di antaranya:

> "Tidak halal bagi tiga orang yang sedang berada di sebuah perjalanan kecuali salah seorang di antara mereka menjadi pemimpin." (HR. Ahmad)

[307] Jimly Asshiddiqie, orasi ilmiah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47, Jember, Senin, 14 November 2011, hlm. 2.

[308] http://ahmeddzakirin.blogspot.com/2010/09/bab-ii-konsep-negara-dalam-Islam.html

Mengomentari Hadis tersebut di atas, Syaikh Ibnu Taimiyyah mengatakan, "Adalah wajib mengangkat kepemimpinan sebagai bagian pelaksanaan agama (*ad-dien*) dan sebagai perbuatan mendekatkan diri kepada Allah."

> "Al Imam adalah pemimpin rakyat dan ia bertanggung jawab atas yang dipimpinnya." (HR. Bukhari dan Muslim)
>
> "Barangsiapa yang mati tidak terikat baiat maka matinya dalam mati jahiliah." (HR. Muslim)
>
> "Barangsiapa yang melepaskan tangannya dari ketaatan kepada imamnya, maka ia pada hari kiamat tidak memiliki hujah." (HR. Muslim)

Keempat, adanya perbuatan Nabi yang dapat dipandang sebagai bentuk pelaksanaan tugas-tugas negara dan kepemerintahan. Nabi mengangkat para gubernur, hakim, panglima perang, mengirim pasukan, menarik zakat dan rampasan perang, mengatur pembelanjaan, mengirim duta, menegakkan hudud, dan melakukan perjanjian dengan negara lain. R. Strothman dalam *Encyclopedia of Islam* mengatakan, "Islam adalah fenomena agama politik sebab pendirinya adalah seorang nabi dan sekaligus kepala negara."

Kelima, setelah wafatnya Nabi, para sahabat menunda pemakaman Nabi dan bergegas bermusyawarah memilih pengganti (Khalifah) Nabi. Tindakan para sahabat ini menunjukkan betapa pentingnya kepemimpinan dalam Islam dan kesepakatan (ijma') mereka dalam hal ini (mengangkat kepemimpinan pengganti Nabi) dapat menjadi sumber hukum Islam.

Keenam, hal ikhwah kepemimpinan (*imarah*) telah menjadi bagian kajian dan pembahasan para ahli fiqh di dalam kitab-kita mereka disepanjang sejarah.

1. Kepemimpinan (Khilafah)

Khalifah adalah bentuk tunggal dari *khulafa* yang berarti menggantikan orang lain disebabkan ghaib-nya (tidak ada di tempat) orang yang akan digantikan atau karena meninggal atau karena tidak mampu atau sebagai penghormatan terhadap apa yang menggantikannya. Ar-Raghib al-Asfahani dalam mufradat mengatakan makna *kholafa fulanun fulanan* berarti bertanggung jawab terhadap urusannya secara bersama-sama dengan dia atau setelah dia. Dalam konteks firman Allah Swt. dalam surat *al-Baqarah,* ayat 30, *"Sesungguhnya Aku hendak menjadikan khalifah di muka bumi,"* para mufasir menjelaskan bahwa khalifah Allah adalah

para nabi dan orang-orang yang menggantikan kedudukan mereka dalam menjalankan ketaatan kepada Allah, mengatur urusan manusia dan menegakkan hukum secara adil. Menurut Raghib Asfahani, penisbatan itu sendiri adalah bentuk penghormatan yang diberikan Allah Swt. kepada mereka.

Khilafah (kepemimpinan) menjadi isu krusial dan tema sentral dalam sistem politik Islam. Sedemikian krusialnya isu itu membuat para sahabat menunda pemakaman Nabi untuk berkumpul di Bani Tsaqifah. Mereka bermusyarah untuk mengangkat pemimpin (khalifah) pengganti Nabi.

Allah Swt. berfirman:

> *Dan Allah Telah berjanji kepada orang-orang yang beriman di antara kamu dan mengerjakan amal-amal yang saleh bahwa dia sungguh- sungguh akan menjadikan mereka berkuasa (khalifah) di muka bumi, sebagaimana Dia telah menjadikan orang-orang sebelum mereka berkuasa, dan sungguh Dia akan meneguhkan bagi mereka agama yang telah diridhai-Nya untuk mereka, dan dia benar-benar akan menukar (keadaan) mereka, sesudah mereka dalam ketakutan menjadi aman sentausa. mereka tetap menyembah-Ku dengan tiada mempersekutukan sesuatu apa pun dengan Aku. dan barangsiapa yang (tetap) kafir sesudah (janji) itu, Maka mereka Itulah orang-orang yang fasik.* (QS. an-Nur [24]: 55)

Nabi Saw. bersabda:

> "Adalah Bani Israil, mereka diurusi urusannya oleh para nabi (*tasusuhumul anbiya*). Ketika seorang nabi wafat, nabi yang lain datang menggantinya. Tidak ada nabi setelahku, namun akan ada banyak para khalifah. Para sahabat bertanya,'Wahai Rasulullah, apa yang anda perintahkan kepada kami?' Beliau berkata: 'Tetaplah baiat yang pertama dan kemudian sesudah itu, penuhilah hak mereka sepenuhnya. Allah akan meminta pertanggungjawaban mereka'." (HR. Bukhari dan Muslim)

> "Sesungguhnya Allah Swt. telah memulai perkara tersebut dengan *nubuwwah* dan rahmat, kemudian diganti dengan kekhalifahan dan rahmat, namun diganti setelah itu sistem kerajaan yang zalim. Kemudian diganti setelah itu pemerintahan diktator yang menghalalkan kebebasan seks, khamer dan sutra. Mereka menang atas itu dan diberi rezeki sampai menghadap Allah *Azza wa Jalla*." (HR. Abu Hurairah)

Terminologi khilafah sendiri dipakai untuk menjelaskan tugas yang diemban para pemimpin pasca-kenabian. Istilah itu digunakan untuk membedakan sistem kerajaan dan kepemimpinan diktator. Hal ini menyiratkan bahwa terminologi khilafah yang dimaksud dalam pelbagai Hadis di atas adalah bahwa sistem khilafah ini sejalan dengan prinsip-

prinsip kenabian (*nubuwwah*). Sistem kepemimpinan ini dibangun dari antitesis sistem kerajaan di mana kekuasaan berdasarkan pewarisan keluarga (dinasti) ataupun sistem diktator yang cenderung berbuat zalim dan tidak disukai rakyat. Ibnu Taimiyyah dalam *Minhajus Sunnah* menjelaskan, "Khulafaur Rasyidin yang berlangsung 30 tahun adalah kepemimpinan kenabian dan kemudian urusan itu pemerintah beralih ke Muawiyyah, seorang raja pertama. *Al-mulk* (raja-raja) adalah orang yang memerintah yang tidak menyempurnakan syarat-syarat kepemimpinan dalam Islam (khilafah)."

Menurut pendapat Ibnu Taimiyyah seperti yang dikemukakan oleh Qomaruddin Khan dalam *The Political Thought of Ibn Taimiyyah*, bahwa kekhilafahan sebagai prinsip nilai dan idealitas yang diembannya, yakni penegakan syariah bukan sebagai lembaga pemerintahan. Kekhilafahan sebagai sebuah nilai setidaknya mengacu kepada dua hal pokok, yakni *pertama,* kepemimpinan (khilafah) itu harus merefleksikan kewajiban meneruskan tugas-tugas pasca kenabian untuk—meminjam istilah Ibnu Hayyan—mengatur urusan umat, menjalankan hukum secara adil dan menyejahterakan umat manusia serta melestarikan bumi. *Kedua,* kepemimpinan harus dibangun berdasarkan prinsip kerelaan dan dukungan mayoritas umat, bukan pendelegasian kekuasaan berdasarkan keturunan (*muluk*) dan kediktatoran (*jabariyah*). Mengutip Ibnu Taimiyyah dalam *Minhaj Assunah*, Abu Bakar ra. diangkat bukan karena kedekatannya dengan Rasulullah saw. atau karena dibaiat Umar Ibnul Khattab r.a. namun karena diangkat dan dibaiat oleh mayoritas umat Islam.

Islam tidak menetapkan khilafah seperti institusi politik dengan hierarki dan pola kelembagaan baku yang *rigid* dan memiliki otoritas politik tanpa batas seperti laiknya raja. Ini berarti Islam memberikan keluasan kepada kaum Muslimin untuk merumuskan aplikasi kekuasaan dan bentuk pemerintahan beserta perangkat-perangkat yang dibutuhkan dengan memperhatikan faktor kemaslahan dan kepentingan perubahan zaman. Keluasan tersebut adalah hikmah bagi kaum Muslimin, di mana pun mereka menemukan maka berhak memungutnya. Rasulullah saw. mengadopsi sistem administrasi pemerintahan Romawi dan metode pengelolaan kekayaan negara ala kerajaan Persia. Al-Mawardi dalam *Ahkamul Sulthaniyyah* memiliki pendapat menarik perihal evolusi menuju penyempurnaan lembaga-lembaga kenegaraan dan pendelegasian kekuasaan pada masa Khulafaur Rasyidin. Menurutnya, lembaga Qadhi baru muncul pada masa kepemimpinan Amirul Mukminin, Ali bin Abi Thalib ra. dan mengalami penyempurnaan pada masa Umawiyyah. Sebelumnya perkara perselisihan ditangani langsung oleh Ali, namun

seiring meluasnya kekuasaan Islam dan mulai merosotnya integritas moral kaum Muslimin maka diangkat Syuraih r.a. untuk mengambil alih peran beliau dalam menyelesaikan perkara. Selanjutnya, penyelesaian perkara perselisihan ditangani oleh lembaga Qadhi yang diangkat khusus oleh Khalifah.

Secara garis besar—menurut al-Mawardi—ada 10 tugas pemimpin dalam Islam, yakni:

a. Menjaga kemurnian agama;
b. Membuat keputusan hukum di antara pihak-pihak yang bersengketa;
c. Menjaga kemurnian nasab;
d. Menerapkan hukum pidana Islam;
e. Menjaga keamanan wilayah dengan kekuatan militer;
f. Mengorganisasi jihad dalam menghadapi pihak-pihak yang menentang dakwah Islam;
g. Mengumpulkan dan mendistribusikan harta pampasan perang dan zakat;
h. Membuat anggaran belanja negara;
i. Melimpahkan kewenangan kepada orang-orang yang amanah;
j. Melakukan pengawasan melekat kepada hierarki di bawahnya, tidak semata mengandalkan laporan bawahannya, sekalipun dengan alasan kesibukan beribadah.

Sementara Ibnu Hazm dalam *Mihal wa an Nihal* berpendapat, bahwa tugas pemimpin adalah menegakkan hukum dan konstitusi, menyiarkan Islam, memelihara agama dan menggalang jihad, menerapkan syariah, melindungi hak asasi manusia, menyingkirkan kezaliman, dan menyediakan kebutuhan bagi setiap orang.

2. Ahlul Halli Wal Aqdi (Sistem Legislatif)

Secara bahasa, *ahlul halli wal aqdi* terdiri dari tiga kalimat, yakni:

a. *Ahli,* artinya orang yang berhak, atau yang memiliki;
b. *Halli,* berarti melepaskan, menyesuaikan, memecahkan;
c. *Aqdi,* memiliki arti mengikat, mengadakan transaksi, membentuk.

Jadi jika didefinisikan, *ahlul halli wal aqdi* berarti orang-orang yang berhak mengangkat kepala negara dan membatalkan jika dipandang perlu. Mereka juga dikenal dengan nama *ahlul ijtihaj* dan *ahlul ihtiyar*. Pada dasarnya *ahlul halli wal aqdi* adalah wakil rakyat yang menjalankan tugasnya mengontrol dan mengevaluasi kekuasaan.

Anggota *ahlul halli wal aqdi* terdiri atas para ulama, pejabat daerah, kepala suku, kelompok profesional dan intelektual yang dipilih dan mewakili rakyat berdasarkan penjelasan Nabi dalam Hadis yang diriwayatkan Bukhari kepada kelompok Anshar untuk mengangkat 12 wakil yang akan mengatur urusan mereka. Imam Asyahid Hasan al-Banna menjelaskan keanggotaan *ahlul halli wal aqdi* mencakup sekurangnya tiga kelompok, yakni para *fuqaha*', para pakar dalam disiplin ilmu tertentu, dan orang-orang yang memiliki integritas kepemimpinan. Tugas dan wewenang *ahlul halli wal aqdi* mencakup dua hal:

a. Mengikat pelaksanaan kekuasaan dengan prinsip-prinsip syariah. Ruang lingkup wewenang ini meliputi: (1) menetapkan hukum-hukum baru; dan (2) menjelaskan hukum yang dituntut oleh hukum yang ada.
b. Menjalankan otoritas yang berkaitan dengan pengangkatan dan penghentian kepala negara.

Al-Mawardi menetapkan tiga syarat yang harus dipenuhi anggota *ahlul halli wal aqdi,* yakni adil, memiliki ilmu yang bertalian dengan aspek-aspek kepemimpinan, dan memiliki kemampuan verifikasi calon-calon pemimpin.

Mazhab Ahlusunnah berpendapat bahwa *ahlul halli wal aqd* memiliki kewenangan menurunkan menurunkan kepala negara. Kepala negara dapat diturunkan jika dipandang tidak dapat menunaikan tugas. Menurut al-Mawardi menjelaskan kepala negara dapat diturunkan karena dua hal:

a. Hancurnya kredibilitas personal karena perbuatan fasik, baik berkaitan dengan perbuatan amoral maupun perbuatan syubhat dalam prinsip akidah;
b. Hilangnya kemampuan fisik sehingga menghalangi kepala negara menjalankan kewajibannya, seperti kehilangan akal, penglihatan, dan dalam keadaan tertawan.

Para ulama bersepakat bahwa kekufuran yang nyata (keluar dari agama) menjadi sebab gugurnya hak kepemimpinan demikian pula kewajiban untuk mencopotnya dari jabatannya, sekalipun dengan jalan kekerasan. Namun kita mendapati perbedaan pendapat di kalangan ulama tentang keadaan pemimpin yang melakukan perbuatan kemaksiatan (dosa besar) dan perbuatan bid'ah. Arus utama yang diwakili mayoritas Sunnah berpendapat menahan diri jauh lebih baik sekiranya perlawanan yang dilakukan justru membawa kemudharatan yang lebih besar,

namun sebaliknya aliran Syiah, pemimpin seperti itu wajib diturunkan sekalipun dengan kekuatan bersenjata (*bughot*).

Kaidah-kaidah kepemimpinan dalam Islam memberikan ruang adanya lembaga *ahlul halli wal aqdi* yang dalam wewenangnya memiliki hak mengangkat dan bahkan mencopot kepala negara, namun wewenang tersebut dengan sendiri membutuhkan sistem dan mekanisme yang sehingga proses sukses tersebut berjalan dengan mulus dan tanpa goncangan politik yang berarti. Dengan demikian ada proses kontrol, pengawasan dan evaluasi atas kekuasaan yang dilakukan *ahlul halli wal aqdi* dan rakyat. Jika dalam rentang waktu yang ditetapkan tersebut, kepala negara melakukan pelanggaran ataupun kinerjanya mengecewakan, maka pemimpin tersebut secara konstitusional dapat diturunkan.

Hakikat kepemimpinan politik dalam Islam seperti yang dijelaskan sebelumnya adalah pendelegasian wewenang dan kekuasaan yang diberikan rakyat melalui kontrak politik antara penguasa dan rakyat. Penguasa menjalankan amanah yang diberikan rakyat sebagai gantinya rakyat memberikan loyalitasnya kepada penguasa. Jika pemimpin tidak mampu menjaga distribusi pangan, menjaga kedaulatan negara atau gagal meningkatkan standar hidup masyarakat seperti yang dijanjikan, maka pemimpin tersebut layak diganti sekalipun tidak melakukan perbuatan dosa atau merusak prinsip-prinsip Islam.

3. Prinsip-prinsip Penyelenggaraan Negara dalam Islam

a. Prinsip Syura

Syura secara harfiah berarti menyarikan atau mengambil madu dari sarang lebah. Adapun makna yuridisnya adalah menyarikan suatu pendapat (*ra'yu*) berkenaan dengan suatu permasalahan tertentu. Ar Rhagib Asfahani mendefinisikan *syura* adalah mengeluarkan pendapat dengan mengembalikan sebagiannya pada sebagian yang lain, yakni menimbang satu pendapat dengan pendapat lain untuk mendapatkan satu pendpat yang disepakati.

Syura adalah salah satu prinsip penting tentang pemerintahan yang dijelaskan dalam Al-Qur'an. Prinsip ini mengharuskan kepala negara dan pemimpin pemerintahan untuk menyelesaikan semua permasalahan masyarakat melalui permusyawaratan. Betapa pentingnya prinsip ini, Al-Qur'an bahkan mensejajarkan *syura* dengan perintah menjalankan pilar-pilar Islam lainnya seperti iman, shalat, dan zakat. Artinya, *syura* harus diperlakukan dengan dasar serupa dan diberi tempat yang sama pentingnya dalam pengaturan masalah-masalah sosial-politik da-

lam masyarakat Islam. Allah Swt. berfirman:

> *Orang-orang yang mematuhi seruan Tuhannya dan mendirikan shalat, sedang urusan mereka diputuskan dengan jalan musyawarah di antara mereka dan menafkah sebagaian rezeki yang kami berikan kepada mereka.* (QS. *asy-Shuura* [42]: 38)

Uniknya, ayat ini diturunkan di Mekkah sebelum keberadaan Islam diungkap secara terang-terangan. Belakangan, setelah pemerintahan Islam terbentuk di Madinah, perintah *syura* semakin dipertegas kedudukannya dalam Al-Qur'an sehingga menjadi landasan tektual pemerintahan Islam.

> *Bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan (masyarakat) itu. Kemudian apabila kamu telah membulatkan keputusan, maka bertawakkallah kepada Allah.* (QS. *Ali Imran* [3]: 159)

At-Thabari menyebut *syura* sebagai salah satu dari *'azaim al-ahkam*, yakni prinsip fundamental syariat yang esensial bagi substansi dan identitas pemerintahan Islam. Dengan memperhatikan bahwa Allah Swt. memerintahkan Nabi saw. bermusyawarah dengan sahabat meskipun dibimbing langsung wahyu, maka Ibnu Taimiyyah berpendapat konteks perintah Al-Qur'an lebih tegas lagi kepada generasi Muslim selanjutnya yang tidak lagi berjumpa dengan Nabi dan tidak memiliki akses langsung dengan wahyu. Dengan demikian, menurut Muhammad Abduh, Abdul Karim Zaidan, Maududi, Abdul Qadir Awdah, Syura adalah kewajiban yang ditujukan terutama kepada kepala negara untuk menjamin kewajiban tersebut dijalankan semestinya dalam urusan pemerintahan dan untuk menjalankan kewajiban tersebut, maka para partisipan Syura harus memiliki kebebasan berpendapat dan berekspresi. Menurut Abdul Karim Zaidan, tidak mungkin terjadi jika pemerintah diwajibkan menjalankan *syura* sementara menghambat kebebasan berpendapat.

Adapun persoalan apakah hasil *syura* mengikat penguasa? Pendapat yang paling kuat adalah hasil *syura* bersifat mengikat (*mulzimah*). Salim Ali Bahnasawi menjelaskan adanya kontradiksi jika Allah memerintahkan penguasa untuk menjalankan *syura* namun penguasa senditi tidak terikat dengan hasil-hasilnya. Ibnu Hajar dalam *Fathul Baari* menegaskan bahwa penguasa yang tidak meminta nasihat kepada ulama wajib dipecat. Pendapat ini didukung oleh Imam Bukhari, "Al-Qur'an memerintahkan bermusyawarah sebagaimana pula memerintahkan bertawakal untuk melaksanakan hasil *syura*." Dalam pandangan Syaikh Abdul Qadir Audah, ada dua yang berkaitan dengan sifat mengikat hasil *syura* bagi penguasa dan umat Islam:

1) Membersihkan praktik diktatorisme dalam pemerintahan Islam;
2) Pendapat mayoritas akan membentuk tanggung jawab umat secara kolektif dan sebagai bagian pendidikan politik untuk bersikap ilmiah, kritis namun memiliki komitmen.

Secara umum ketetapan *syura* dalam Al-Qur'an mencakup semua urusan kaum Muslimin baik yang bersifat individual maupun kolektif. Namun Al-Qur'an hanya memberikan ketetapan-ketetapan yang bersifat umum tentang *syura* dan tidak menyebut perincian mengenai cara pelaksanaannya dan persoalan di mana *syura* dilaksanakan. Al-Qur'an juga tidak memberikan instruksi mengenai apakah semua permasalahan masyarakat harus diselesaikan dengan jalan *syura* atau hanya dalam konteks pemerintahan saja. Ketiadaan perincian khusus ini tidak pelak menjadikan pelaksanaan *syura* sebenarnya menjadi fleksibel, tidak dibatasi waktu, dan dapat diterapkan dalam semua keadaan dalam masyarakat.

b. Prinsip Keadilan

Al-Qur'an setidaknya mengunakan tiga terma untuk menyebut keadilan, yakni *al-'dl, al-qisth* dan *al-mizan*. Terma adil beserta turunannya tidak kurang disebutkan 30 kali dalam Al-Qur'an.

1) *Al-'dl* berarti "sama", memberi kesan adanya dua pihak atau lebih karena jika hanya ada satu pihak berarti tidak akan terjadi persamaan,
2) *Al-qisth* lebih umum dari *adl* yang berarti "bagian" (yang wajar dan cukup).
3) Adapun *mizan* berasal dari akar kata *wazan* (timbangan) yang dapat berarti keadilan. Al-Qur'an menegaskan alam semesta ditegakkan atas dasar keadilan. Allah Swt. berfirman: *Dan langit ditegakkan dan Dia menetapkan al-Mizan* (*neraca kesetimbangan*) (QS. *ar-Rahmaan* [55]: 7).

Jadi ada tiga konteks makna keadilan yang dimaksudkan, yakni *pertama,* keadilan adalah sama dengan tidak membedakan seseorang dengan yang lainnya, *kedua*, keadilan berarti seimbang antara berbagai unsur yang ada dan *ketiga,* keadilan berarti perhatian terhadap hak-hak individu dan memberikan hak-hak itu kepada setiap pemiliknya.

Keadilan menjadi prinsip dan tema utama dalam Al-Qur'an. Perintah berbuat adil banyak dijumpai dalam Al-Qur'an, di antaranya:

Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap suatu kaum, mendorong kamu untuk

berlaku tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada takwa. (QS. *Al-Maaidah* [5]: 8)

Wahai orang-orang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan (*qisth*). (QS. *an-Nisaa* [4]: 135)

Al-Qur'an memerintahkan orang beriman untuk berbuat adil dan menjadikan keadilan sebagai tujuan Islam setelah kewajiban beriman kepada Allah Swt., sebaliknya mencela kezaliman dan orang-orang yang berbuat zalim serta menjadikan kezaliman sebagai sebab kehancuran umat. Oleh karena itu, kezaliman dianggap kejahatan dan dosa besar.

Keadilan dalam pandangan Islam adalah hak bagi setiap umat manusia dan sekaligus kewajiban yang harus dilakukan pemerintah. Sementara hukum (syariah) ditegakkan untuk menjamin dan mewujudkan keadilan tersebut. Menurut Muhammad al-Mubarak, ruang lingkup keadilan dalam Islam mencakup dua isu penting:

1) Tindakan mencegah dan menyingkirkan kezaliman, seperti mencegah pelanggaran hak manusia yang berkaitan dengan jiwa, harta dan kehormatan serta menyingkirkan segala bentuk pelanggaran hukum, mengembalikan hak-hak yang dirampas dan menghukum yang bersalah. Konteks keadilan ini terdapat dalam hukum harta benda (*muamalah maliyah*) dan hukum pidana.
2) Keadilan yang berkaitan dengan kewajiban pemerintah terhadap rakyatnya dalam menjamin kebebasan dan kehidupan mata pencaharian mereka sehingga tidak ada orang lemah maupun fakir miskin yang terabaikan.

c. Prinsip Kebebasan

Kebebasan adalah pilar utama pemerintahan Islam. Jika umat menjadi sumber legitimasi kekuasaan, maka kedaulatan kekuasaan tersebut dapat diwujudkan tanpa adanya pilar-pilar kedaulatan dalam diri setiap umat. Kedaulatan itu mencakup juga adanya media untuk mengaktualisasi kedaulatan tersebut. Adapun pilar pertama kedaulatan tersebut adalah adanya kebebasan yang harus dijamin negara. Imam Asyahid Hasan al-Banna menyebutkan kebebasan sebagai salah satu tuntutan Islam. Kebebasan itu mencakup kebebasan berideologi, kebebasan menyampaikan pendapat, kebebasan mendapatkan ilmu, dan kebebasan kepemilikan. Syaikh Muhammad Gazali menambahkan kebebasan dari kemiskinan, rasa takut dan kebebasan untuk memerangi kezaliman.

Menurut Syaikh Abdul Qadir Audah, kebebasan dengan maknanya yang seluas-luasnya telah menjadi asas bagi kehidupan umat Islam. Ke-

bebasan dalam konteks keyakinan tidak hanya mencakup pemberian kebebasan kepada setiap orang untuk meyakini ideologi tertentu, namun juga kewajiban untuk melindungi kebebasan tersebut dengan cara:

1) Mengharuskan umat manusia menghormati hak orang lain dalam meyakini, mengingkari, dan menjalankan prinsip ideologinya;
2) Mengharuskan pemilik ideologi melindungi keyakinannya.

Adapun berkaitan dengan kebebasan mengemukakan pendapat, Islam melindungi kebebasan tersebut. Setiap orang bebas mengatakan apa saja yang dikehendaki tanpa melanggar hak-hak orang lain. Oleh karena itu, kebebasan berbicara tidak boleh berupa celaan, tuduhan dan fitnah. Kebebasan berbicara harus menjaga etika tersebut.

Salah satu isu krusial kebebasan adalah kebebasan berpolitik. Menurut Muhammad Mubarak, ada dua hal yang menjadi hak kebebasan berpolitik kaum Muslimin: *Pertama,* kebebasan untuk memilih *ahlul halli wal aqdi* yang akan mewakili mereka dalam mengangkat kepala negara atau pemimpin serta memberikan baiatnya. *Kedua,* kebebasan untuk menyampaikan nasihat, kritik dan teguran kepada penguasa.

Dalam konteks memformulasi kebebasan berpolitik tersebut, maka kaum Muslimin juga memiliki kebebasan untuk berserikat dan mengorganisir dirinya untuk mengontrol pemerintah dan mewujudkan kemaslahatan secara umum. Kebebasan berserikat itu dapat diwujudkan ke dalam bentuk pendirian organisasi, perserikatan dan bahkan partai politik. Pelbagai bentuk organisasi, perserikatan dan partai politik dapat disejajarkan dengan keragaman mazhab pemikiran dan fiqh dalam sejarah Islam. Mengutip pendapat Muhammad Imarah dalam '*Ma'rakatul Musthalahat baina al Gharbi wal Islam'*, kebebasan berserikat secara terminologis telah terjadi dan dipraktikkan pada masa pertama Islam. Dalam Hadist Bukhari diriwayatkan bahwa Aisyah r.a. mengatakan istri-istri Nabi terbagi dalam dua kelompok (*hizb*), satu *hizb* terdapat Aisyah, Hafsah, dan Shafiyah sedang *hizb* lainnya ialah Ummu Salamah beserta istri-istri Rasulullah lainnya. Sementara secara institusional, golongan Muhajirin pertama di antaranya, Abu Bakar, Umar bin Khattab, Ustman bin Affan, Ali bin Abi Thalib, dan Abdurahman bin Auf adalah organisasi yang memiliki kedudukan khusus yang dominan dalam khilafah, negara dan masyarakat.

d. Persamaan (Musawah)

Persamaan derajat adalah bagian hak-hak individu dalam negara. Sayyid Qutb menyebutnya sebagai asas keadilan dalam Islam. Jika

umat manusia adalah anak keturunan Adam dan Islam memandang kesatuan asal usul ini memberikan implikasi adanya hak, kewajiban dan tanggung jawab yang sama. Allah Swt. berfirman:

> *Dan sesungguhnya telah kami muliakan anak-anak Adam.* (QS. *al-Isra* [17]: 70)

Rasulullah Saw. bersabda:

> "Manusia itu sama bagaikan gigi-gigi sisir." (*al-Hadis*)
>
> "Tidak ada kelebihan antara Arab dan bukan Arab kecuali karena takwa. Tidak ada kelebihan juga antara yang berkulit putih dengan yang berkulit hitam kecuali karena takwa." (HR. Bukhari)

Prinsip persamaan derajat dalam Islam mencakup:

1) **Persamaan secara umum**. Semua manusia sama dan sederajat dalam hak, kewajiban dan tanggung jawab mereka. Tidak ada keistimewaan yang diberikan atas satu orang dengan yang lainnya tanpa pengecualiaan. Artinya, setiap individu dalam negara memiliki semua hak, kebebasan dan kewajiban yang juga dimiliki yang lain tanpa dikriminasi apa pun, baik ras, golongan, etnik maupun agama. Di dalam konteks ini pula, kesetaraan ini mencakup pula persamaan hak dan kewajiban antara perempuan dan pria. Perempuan berhak atas hal-hal yang menjadi hak-hak lelaki sebagaimana perempuan juga berkewajiban atas hal-hal yang menjadi kewajiban lelaki. Adapun dalam konteks *qawwamah* (kepemimpinan) yang disebutkan dalam Al-Qur'an, maka praktik kepemimpinan harus dijalankan dengan tanggung jawab. Diluar itu, kaum pria tidak berhak ikut campur dalam perbuatan dan hak-hak yang ditunaikan perempuan, termasuk di dalamnya hak-hak politik, tentunya dengan memperhatikan aspek keseimbangan. Muhammad Thahhan berpendapat bahwa pembangunan masyarakat Islam tidak dapat dilakukan dengan cara menganggurkan sebagian hak dan potensi warga negaranya (kaum perempuan).
2) **Persamaan di depan hukum**. Kepala negara dan rakyat pada umumnya memiliki kesederajatan didepan hukum. Kepala negara dalam Islam tidak memiliki kekebalan atau legitimasi kesucian teologis seperti halnya doktrin Kristiani. Jika seorang kepala negara melakukan tindak pidana, maka kepala negara dapat dihukum sebagaimana pelaku pidana lainnya di dalam peradilan biasa.
3) **Persamaan hak-hak sosial**. Islam mengakui prinsip perbedaan dalam potensi dan kemampuan. Oleh karena itu, semua potensi dan

kemampuan diberi hak yang sama. Konsekuensi dari pemberian hak-hak sosial yang sama, negara harus menjamin kesejahteraan kepada setiap keluarga baik dalam kesehatan, pemenuhan kebutuhan hidup dan kesempatan mendapatkan pendidikan yang sama sesuai dengan bakat dan kemampuan. Adapun dalam konteks kesetaraan hak-hak *ahlul dzimmi* (non-Muslim), tidak ada perbedaan antara *ahlul dzimmi* dan kaum Muslimin dalam hak-hak sosial mereka kecuali perbedaan dalam hal akidah. Kesetaraan dalam perspektif ini adalah memperlakukan kaum Muslimin sesuai dengan akidah mereka dan memperlakukan *ahlul dzimmi* tidak sesuai dengan akidah mereka. Namun di luar itu, *ahlul dzimmi* memiliki hak dan kewajiban yang sama dengan kaum Muslimin dalam segala hal.

7

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

A. PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP

Menurut Utrecht, hukum administrasi negara (hukum pemerintahan) berfungsi menguji hubungan hukum istimewa yang diadakan untuk memungkinkan para pejabat (*ambtsdragers*) administrasi negara melakukan tugas mereka yang khusus. Selanjutnya dikemukakan bahwa hukum administrasi negara adalah hukum yang mengatur sebagian lapangan pekerjaan administrasi negara. Bagian lain lapangan pekerjaan administrasi negara diatur oleh hukum tata negara, hukum privat, dan sebagainya. Jadi pengertian hukum administrasi negara dan pengertian hukum yang mengatur pekerjaan administrasi negara tidak identik. Dengan menggunakan teori *trias politica* dari Montesquieu, Utrecht merumuskan bahwa yang dimaksud dengan administrasi negara adalah: ”gabungan jabatan-jabatan (*complex van ambten*)—*apparaat* (alat) administrasi—yang di bawah pemerintah melakukan sebagian pekerjaan pemerintah (tugas pemerintah, *overheidstaak*)—fungsi administrasi — yang tidak ditugaskan kepada badan-badan pengadilan, badan legislatif.[309] Selanjutnya menurut Utrecht tehtang hukum administrasi negara menyangkut dengan hal-hal yang (pusat) dan badan-badan pemerintah

[309] Utrecht. 1962. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia.* Jakarta: Ichtiar van Hoeve, hlm. 7-8.

dari persekutuan hukum yang lebih rendah daripada negara, yaitu badan-badan pemerintahan dari persekutuan hukum daerah swatantra tingkat I, II, dan III, dan daerah istimewa yang masing-masing diberi kekuasaan memerintah sendiri daerahnya. Adapun dalam perincian lapangan pekerjaan administrasi negara oleh Utrecht diperlukan peninjauan sejarah perkembangan hukum administrasi, yang di antaranya dimulai dari kekuasaan raja yang sangat mutlak, teori pemisahan kekuasaan (*trias politica*), hingga pada teori pembagian kekuasaan.

Pradjudi Atmosudirdjo[310] mendefinisikan hukum administrasi negara sebagai hukum mengenai administrasi negara dan hukum hasil ciptaan administrasi negara. Administrasi negara dalam definisi tersebut mempunyai arti yang luas, yaitu kombinasi antara: (a) tata pemerintahan, (b) tata usaha negara, (c) administrasi atau pengurusan rumah tangga negara, (d) pembangunan, dan (e) pengendalian lingkungan. Selanjutnya, menurut Pradjudi ada tiga arti administrasi negara, yaitu:

- Sebagai aparatur negara, aparatur pemerintah, atau sebagai institusi politik (kenegaraan),
- Sebagai fungsi atau sebagai aktivitas melayani pemerintah, yakni sebagai kegiatan "pemerintah operasional", dan
- Sebagai proses teknik penyelenggaraan undang-undang.

Prajudi juga menguraikan pengertian hukum administrasi negara dalam arti luas, yaitu terdiri atas:

- Hukum tata pemerintahan,
- Hukum tata usaha negara,
- Hukum administrasi negara dalam arti sempit, yakni hukum tata pengurusan rumah tangga.

Dari berbagai definisi dan deskripsi tersebut, P. De Haan cs[311] mengemukakan tiga fungsi hukum administrasi negara, yaitu fungsi normatif, fungsi instrumental, dan fungsi jaminan. Deskripsi hukum administrasi negara tersebut menggambarkan hukum administrasi negara yang meliputi: (a) mengatur sarana bagi penguasa untuk mengatur dan mengendalikan masyarakat; (b) mengatur cara-cara partisipasi warga negara dalam proses pengaturan dan pengendalian; (c) perlindungan hukum; (d) menetapkan norma-norma fundamental bagi penguasa un-

[310] Pradjudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988, hlm. 42.

[311] Bahder Johan Nasution, "Pemahaman Konseptual tentang Hukum Administrasi Negara dalam Konteks Ilmu Hukum", *Jurnal Demokrasi*, Vol. VI, No. 1 Th. 2007, hlm. 18.

tuk pemerintahan yang baik.

Oppenheim mengemukakan perbedaan terhadap tinjauan negara, bahwa hukum tata negara menyoroti negara dalam keadaan diam (*staat in trust*). Adapun hukum administrasi negara menyoroti negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Sementara itu, C. Van Vollenhoven menjabarkan bahwa hukum tata negara merupakan keseluruhan aturan yang membentuk dan menentukan kewenangan alat-alat perlengkapan negara. Sementara hukum administrasi adalah keseluruhan aturan yang mengikat alat-alat perlengkapan negara setelah alat-alat perlengkapan negara akan menggunakan kewenangan-kewenangan kenegaraan.[312]

B. KEDUDUKAN DAN KEWENANGAN ADMINISTRASI NEGARA

Pemerintah atau administrasi negara adalah sebagai subjek hukum, atau sebagai pendukung hak dan kewajiban. Sebagai subjek hukum, pemerintah sebagaimana objek hukum lainnya melakukan berbagai tindakan baik tindakan nyata maupun tindakan hukum.

Pemerintah di samping melaksanakan kegiatan dalam bidang hukum publik, juga sering terlibat dalam larangan keperdataan. Dalam pergaulan hukum, pemerintah sering tampil dengan *two petten*, dengan dua kepala, sebagai wakil dari jabatan (*ambt*) yang tunduk pada hukum publik dan wakil dari badan hukum (*rechtspersoon*) yang tunduk pada hukum privat.

Dalam perspektif hukum publik, negara adalah organisasi jabatan. Menurut Logemaun[313] mengatakan "dalam bentuk kenyataan sosialnya, negara adalah organisasi yang berkenaan dengan berbagai fungsi." Yang dimaksud dengan fungsi adalah lingkungan kerja yang terperinci dalam hubungan secara keseluruhan. Fungsi-fungsi ini dinamakan jabatan. Negara adalah organisasi jabatan. Jabatan adalah suatu lembaga dengan lingkup pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang.

Badan hukum publik menurut Ali[314] mempunyai tiga kriteria. *Pertama*, dilihat dari pendirinya. Badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yang didirikan oleh penguasa dengan undang-

[312] Kuntjoro Purbopranoto, 1985. *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: Alumni, hlm. 16.

[313] Ridwan, H.R., *Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2002, hlm. 52.

[314] Chidir Ali, *Badan Hukum*. Bandung: Alumni. 1987, hlm. 62. Adapun mengenai teori badan hukum akan dijelaskan secara perinci dalam pembahasan hukum perdata.

undang atau peraturan-peraturan lainnya. *Kedua*, lingkungan kerjanya, yaitu melaksanakan perbuatan-perbuatan publik. *Ketiga*, badan hukum itu diberi wewenang publik seperti membuat keputusan, ketetapan dan peraturan yang mengikat umum.[315]

C. PERBUATAN HUKUM PEMERINTAH

Pemerintah atau administrasi negara adalah subjek hukum yang mewakili dua institusi, yaitu jabatan pemerintahan dan badan hukum pemerintahan. Karena mewakili dua institusi, maka dikenal ada dua macam tindakan hukum, yaitu:

1. Tindakan dalam lapangan hukum publik.
   Pemerintah seperti halnya perorangan, sebagai subjek hukum dapat pula melakukan tindakan dalam lapangan hukum publik melalui alat-alat perlengkapannya. Dalam hal ini pemerintah ataupun alat perlengkapannya melakukan peran sebagai subjek hukum publik yang menjalankan kekuasaan hukum publik sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang untuk menilai tindakan dalam hukum publik ini dilakukan dengan melihat ada tidaknya wewenang, di mana wewenang tersebut pada umumnya adalah wewenang dalam jabatan.
   Perbuatan pemerintah dalam lapangan hukum publik ini digolongkan menjadi dua. *Pertama*, perbuatan hukum publik yang bersegi satu. Perbuatan ini akibat hukumnya timbul secara langsung seiring dilakukannya perbuatan tersebut oleh pemerintah tanpa menunggu reaksi dari pihak-pihak yang terkena. *Kedua*, perbuatan hukum publik yang bersegi dua. Perbuatan hukum publik yang bersegi dua ini akibat hukumnya baru timbul sesudah ada kata sepakat antara pemerintah dan pihak-pihak yang terkena.
2. Tindakan dalam lapangan hukum privat
   Di samping melakukan tindakan dalam lapangan hukum publik, pemerintah seperti halnya perorangan, sebagai subjek hukum dapat pula melakukan tindakan-tindakan dalam lapangan hukum privat untuk melakukan perbagai perbuatan dalam lapangan hukum keperdataaan ini dijelmakan dalam kualitas sebagai badan hukum yang bertindak atas nama institusi bukan atas nama jabatan.[316]

[315] Ridwan H.R., *Op. cit.*, hlm. 57-53.

[316] Fuji Astuti, dkk., *Hukum Tata Pemerintahan*, Jakarta: Pusat Penerbitan Universitas Terbuka, 2004, hlm. 33-34.

D. ASAS-ASAS HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Penyebutan untuk hukum administrasi negara ini bermacam-macam, sering kali disebut hukum tata pemerintahan, ada juga yang menggunakan istilah hukum tata usaha negara. Namun demikian, kesemuanya memiliki makna yang sama. Begitu juga dengan definisi, banyak pendapat yang berbeda namun memiliki makna yang sama. Beberapa pendapat di antaranya mengarah pada perdebatan perbedaan antara hukum tata negara dengan hukum administrasi negara. Bagaimanapun pembedaan yang dilakukan tersebut pada dasarnya tidaklah bersifat fundamental dan hubungan di antaranya tidak dapat dipisahkan, jika dipisahkan hal itu semata-mata karena kebutuhan akan pembagian kerja yang secara praktis diperlukan sebagai akibat pesatnya perkembangan hukum korporatif dari masyarakat hukum teritorial. Sederhananya, mengikuti pemikiran Fritz Werner dan Oppenheim (demikian pula Van Vollenhoven) bahwa hukum administrasi negara itu adalah hukum tata negara yang diletakkan dalam keadaan yang konkret atau bisa juga dipahami hukum tata negara, yaitu negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) dan hukum administrasi negara/hukum tata usaha pemerintahan yaitu negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*) atau ketika alat-alat negara itu mulai menjalankan pekerjaan dalam menunaikan tugasnya, seperti yang ditetapkan dalam hukum tata negara.[317]

Asas-asas yang sering dijumpai dalam hukum administrasi negara antara lain:

1 Asas legalitas: setiap perbuatan administrasi negara berdasarkan hukum;[318]
2. Asas kebebasan atau *freies ermessen*: kepada administrasi negara diberikan kebebasan untuk atas inisiatif sendiri menyelesaikan setiap masalah yang tumbuh dalam masyarakat secara cepat, tepat, dan bermanfaat untuk kepentingan umum, tanpa menunggu adanya perintah terlebih dahulu dari undang-undang yang disebabkan undang-undangnya belum ada atau tidak jelas mengatur masalah tersebut;[319]
3. Asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang baik.

Dan masih banyak lagi asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam matakuliah Hukum Administrasi Negara.

[317] Lebih lengkapnya baca: Jimly Asshiddiqie, *Ibid.*, hlm. 41-70.
[318] Bachsan Mustafa, *Op. cit.*, hlm. 186.
[319] *Ibid.*, hlm. 188.

E. PANDANGAN ISLAM TENTANG HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Islam memiliki konsep administrasi negara dan adminsitrasi pemerintahan yang komprehensif seperti yang dicontohkan oleh Rasulullah saw. selama memimpin masyarakat di Madinah. Dalam Islam institusi negara tidak lepas dari konsep kolektif yang ada dalam landasan moral dan syariah Islam. Konsep ukhuwah, konsep tausiyah, dan konsep khalifah merupakan landasan pembangunan institusi Islam yang berbentuk negara. Imam al-Ghazali menyebutkan bahwa agama adalah fondasi atau asas, sementara kekuasaan, dalam hal ini Negara, adalah penjaga fondasi atau asas tadi. Sehingga ada hubungan yang saling menguntungkan dan menguatkan (simbiosis mutualisme). Di satu sisi agama menjadi fondasi bagi negara untuk berbuat bagi rakyatnya menuju kesejahteraan. Sementara negara menjadi alat bagi agama agar ia tersebar dan terlaksana secara benar dan kafah.

Nejatullah Siddiqi menegaskan bahwa masyarakat tidak akan dapat diorganisasi atau diatur menggunakan prinsip-prinsip Islam kecuali menggunakan negara sebagai media. Dalam Islam ada beberapa ketentuan yang dijalankan oleh pemerintah dari sebuah negara seperti melakukan musyawarah untuk memilih seorang pemimpin/khalifah, *hablum minannas* (hubungan antarmanusia) baik antara sesama muslim ataupun antara muslim dengan non-Muslim, implementasi mekanisme zakat, ketentuan pelarangan riba, dan implementasi undang-undang hudud (hukum pidana Islam). Pentingnya peran negara dalam efektivitas implementasi prinsip syariah pada setiap sisi kehidupan juga disinggung oleh Yusuf Qardhawi dalam buku beliau yang berjudul *Fikih Daulah*, di mana dalam buku beliau dijelaskan bahwa dengan adanya negara, maka diharapkan risalah Islam dapat terpelihara dan berkembang termasuk di dalamnya akidah dan tatanan, ibadah dan akhlak, kehidupan, dan peradaban, sehingga semua sektor kehidupan manusia dapat berjalan dengan seimbang dan harmoni baik secara materi maupun rohani.

1. Manajemen Pemerintahan dalam Pandangan Islam

Secara garis besar fungsi negara yang diungkapkan oleh Yusuf Qardhawi terbagi menjadi dua, yaitu:

1) Negara berfungsi menjamin segala kebutuhan minimum rakyat. Fungsi pertama ini bermakna bahwa negara harus menyediakan atau menjaga tingkat kecukupan kebutuhan minimum dari masyarakat;

2) Negara berfungsi mendidik dan membina masyarakat. Dalam fungsi ini yang menjadi ruang lingkup kerja negara adalah menyediakan fasilitas infrastuktur, regulasi, institusi sumber daya manusia, pengetahuan sekaligus kualitasnya. Sehingga keilmuan yang luas dan mendalam serta menyeluruh (*syamil mutakalimin*) tersebut berkorelasi positif pada pelestarian dan peningkatan keimanan yang telah dimunculkan oleh poin pertama dari fungsi negara ini.

2. Prinsip-Prinsip Islam yang Mengatur tentang Administrasi Pemerintahan

Dengan mengacu pada Al-Qur'an dan al-Hadis serta ditambah studi pustaka, dapat kita susun beberapa prinsip dalam Islam yang mengatur tentang adminsitrasi pemerintahan, di antaranya:

a. Prinsip hakikat kepemilikan pada Allah Swt.
   Bahwa alam semesta beserta isinya termasuk manusia di dalamnya adalah makhluk (ciptaan) Allah Swt. Oleh karenanya hakikat kepemilikan bukan pada manusia akan tetapi milik Allah, sedangkan manusia adalah pihak yang diberi amanah untuk mengelola, memelihara dan memanfaatkan alam semesta ini untuk kemaslahatan seluruh umat manusia. Kepemilikan manusia diakui dalam Islam sebagai bagian hasil dari jerih payah usahanya secara sah;
b. Prinsip sumber pengambilan keputusan
   Pengambilan keputusan kebijakan wajib bersandar pada Kitabullah dan Sunnah Rasulullah. Bila permasalahan memerlukan ketegasan hukum yang secara langsung berkait dengan masalah tersebut tetapi belum dapat ditemukan dalam Al-Qur'an maupun as-Sunnah, maka dipersilakan pada manusia untuk melakukan ijtihad. Buah ijtihad haruslah tidak bertentangan dengan syariah Allah;
c. Prinsip musyawarah
   Kebijakan publik harus melalui musyawarah dan mempertimbangkan keseluruhan aspek dan faktor-faktor yang terkait dengan permasalahan tersebut secara komprehensif dengan segala akibatnya;
d. Prinsip *maqashid syariah*
   Kebijakan publik haruslah mempertimbangkan *maqashid syariah*;
e. Prinsip keadilan dan kemaslahatan
   Kebijakan publik harus menjamin keadilan dan kemaslahatan bagi semua;
f. Prinsip kepemimpinan dan kepatuhan
   Bila kebijakan telah diputuskan dengan musyawarah, maka wajib bagi pemimpin untuk mengeksekusi keputusan itu dan wajib pula

bagi yang dipimpin untuk menunjukkan kepatuhan dalam melaksanakan kebijakan itu;

g. Prinsip pertanggungjawaban
Setiap kebijakan atau tindakan apa pun dan sekecil apa pun akan diminta pertanggungjawabannya dihadapan Allah kelak. Dan setiap kewajiban publik harus pula dipertanggungdakwakan kepada publik karena menyangkut penggunaan kekuasaan dan wewenang serta penggunaan aset yang diamanahkan kepada pengambil kebijakan tersebut.

3. Baitul Maal, Institusi Pemerintahan Islam pada Masa Awal

Baitul mal adalah institusi moneter dan fiskal Islam yang berfungsi menampung, mengelola dan mendistribusikan kekayaan negara untuk keperluan kemaslahatan umat. Keberadaan baitul mal pertama kali adalah sejak setelah turun wahyu yang memerintahkan Rasulullah untuk membagikan ganimah dari perang Badr.

يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنْفَالِ قُلِ الأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ

Mereka menanyakan kepadamu tentang (pembagian) harta rampasan perang. Katakanlah: "Harta rampasan perang kepunyaan Allah dan Rasul, oleh sebab itu bertakwalah kepada Allah dan perbaikilah perhubungan di antara sesamamu; dan taatlah kepada Allah dan Rasul-Nya jika kamu adalah orang-orang yang beriman." (QS. *al-Anfaal* [8]: 1)

Ketentuan Allah tersebut menunjuk Rasulullah sebagai pihak yang berwenang membagikan ganimah dan menyimpan sebagiannya, yaitu seperlima bagian untuk diri dan keluarganya serta anak-anak yatim, orang-orang miskin dan Ibnu Sabil:

وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَى عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

Ketahuilah, sesungguhnya apa saja yang dapat kamu peroleh sebagai rampasan perang, maka sesungguhnya seperlima untuk Allah, Rasul, kerabat Rasul, anak-anak yatim, orang-orang miskin dan ibnus sabil, jika kamu beriman kepada Allah dan kepada apa yang kami turunkan kepada hamba Kami (Muhammad) di hari Furqaan, yaitu di hari bertemunya dua pasukan. Dan Allah Maha Kuasa atas segala sesuatu. (QS. *al-Anfaal* [8]: 41)

Praktik pengumpulan dan pendistribusian harta yang dilakukan Rasulullah inilah yang kemudian menjadi cikal bakal baitul mal. Pada praktiknya, institusi pengumpulan dan pendistribusian harta di masa Rasulullah belumlah berupa organisasi yang kompleks, melainkan Rasulullah dibantu oleh beberapa sahabatnya untuk mencatat pemasukan dan pengeluarannya. Pada kenyataannya harta *baitul maal* di masa Rasulullah langsung dibagikan kepada yang berhak dan untuk kemaslahatan ummat bahkan bagian dirinya dan keluarganya sendiri pun sering kali dilepaskan untuk yang lebih membutuhkan dan untuk kepentingan ummat. Salah seorang sekretaris Nabi, Handhalah bin Syafiy meriwayatkan Rasulullah bersabda:

> "Tetapkanlah dan ingatkanlah aku (laporkanlah kepadaku) atas segala sesuatunya. Hal ini beliau ucapkan tiga kali. Handhalah berkata: "Suatu saat pernah tidak ada harta atau makanan apa pun padaku (di *baitul maal*) selama tiga hari, lalu aku laporkan pada Rasulullah (keadaan tersebut). Rasulullah sendiri tidak tidur dan di sisi beliau tidak ada apa pun."

Pada tahun pertama kekhalifahan Abu Bakar, keadaan seperti itu berlangsung sama. Harta yang datang dari daerah-daerah taklukan langsung dibawa ke Masjid Nabawi dan langsung dibagikan. Tetapi pada tahun kedua, pemasukan harta jauh lebih besar sehingga Abu Bakar pun menjadikan sebagian ruang di rumahnya sebagai pusat penampungan dan pendistribusian harta itu untuk kemaslahatan kaum Muslimin.

Di era kekhalifahan Umar bin Khathab, perluasan kekuasaan wilayah Islam berkembang pesat. Persia dan Romawi berhasil ditaklukan, maka semakin besar volume pundi-pundi kekayaan yang mengalir ke Madinah. Khalifah Umar pun memerintahkan untuk membangun tempat khusus sebagai tempat penampungan harta itu sekaligus ia menyusun struktur organisasi untuk mengurus aktivitas baitul mal tersebut.

Secara umum fungsi baitul mal adalah membantu negara untuk memungut dan menampung harta yang menjadi hak masyarakat Muslim dari berbagai sumber mata pendapatan negara dan mendistribusikan kembali kepada masyarakat. Tujuannya, adalah jangan sampai kekayaan hanya berputar di segelintir orang kaya saja tetapi terdistribusi secara adil kepada seluruh lapisan masyarakat dan untuk dibelanjakan untuk kemaslahatan umat.

Fungsi dan tujuan itu terlihat nyata dari bentuk struktur organisasi baitul mal di masa Khalifah Umar bin Katthab yang membentuk:

a. Departemen Pelayanan Militer

   Fungsi utama departemen ini, adalah mendanai aktivitas dan ke-

butuhan pasukan termasuk untuk pembayaran gaji, pensiun dan jaminan masa depan keluarganya.

b. Departemen Kehakiman dan Eksekutif
   Tugas pokok departemen ini, adalah membiayai aktivitas pelayanan hukum dan publik termasuk membayar gaji para hakim dan pejabat negara sesuai dengan kecukupan yang wajar agar mereka tidak melakukan praktik korupsi atau menerima suap.
c. Departemen Pendidikan dan Pelayanan Islam
   Departemen bertugas mendistribusikan pembiayaan untuk kebutuhan pencerdasan umat dan aktivitas dakwah termasuk pembayaran gaji guru dan juru dakwah serta keluarganya.
d. Departemen Jaminan Sosial
   Jaminan hidup bagi anak yatim, kaum fakir dan miskin, janda tua dan orang jompo, orang cacat, pembiayaan pernikahan, persalinan dan jaminan kebutuhan hidup keluarga yang tidak mampu dan untuk kemaslahatan ummat lainnya adalah menjadi tugas utama departemen jaminan sosial ini.

Pada masa Umar pula struktur organisasi ini berkembang seiring dengan perkembangan permasalahan yang terjadi, seperti pembentukan cabang-cabang baitul mal di wilayah-wilayah taklukan, pembentukan sistem diwan, membentuk tim sensus penduduk (nasab) untuk menentukan indeks kebutuhan dan jaminan sosial bagi masyarakat.

8

HUKUM INTERNASIONAL

A. PENGERTIAN HUKUM INTERNASIONAL

Harus disadari, sebenarnya banyak sarjana yang mengemukakan pengertian atau batasan tentang hukum internasional. Akan tetapi perlu disadari terlebih dahulu, bahwa batasan atau pengertian tentang hukum internasional dari sarjana yang satu tidak persis sama dengan batasan atau pengertian yang lainnya. Meskipun demikian, dari pengertian atau batasan yang berbeda-beda itu, dapat ditarik perbedaan-perbedaan dan persamaan-persamaannya. Berikut ini beberapa pengertian hukum internasional yang dipaparkan oleh beberapa sarjana:

Hukum internasional adalah kumpulan ketentuan hukum yang berlakunya dipertahankan oleh masyarakat internasional. Sebagai bagian dari hukum, hukum internasional memenuhi unsur-unsur yang menetapkan pengertian hukum, yakni kumpulan ketentuan yang mengatur tingkah laku orang dalam masyarakat yang berlakunya dipertahankan oleh *external power* masyarakat yang bersangkutan.[320]

Mochtar kusumaatmaja mendefinisikan hukum internasional sebagai: keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata.[321]

---

[320] Sugeng Istanto, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010, hlm. 4-5.

[321] Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Alumni, 1999, h. 1.

Menurut I Wayan bahwa kalau ditelaah lebih lanjut batasan yang dikemukakan oleh Mochtar ini, sebenarnya barulah menunjukkan batas-batas luar dari hukum internasional. Kata-kata kalimat "melintasi batas-batas negara-negara" tampaknya dimaksudkan untuk menunjukkkan perbedaan antara hukum internasional dengan hukum nasional. Adapun dengan adanya kata-kata "yang bukan bersifat perdata" bermaksud untuk menunjukkan perbedaan sifat antara hukum internasional yang mengatur persoalan-persoalan yang bersifat publik dengan hukum perdata internasional.[322]

Akan tetapi, Mochtar Kusmaatmadja tidaklah berhenti hanya sampai di sini, sebab batasannya tersebut di atas masih dilanjutkannya lagi dengan penambahan batasan lain yang dapat dikatakan menunjukkan ruang lingkup dan subtansi dari hukum internasional, yaitu dalam kesempatan lain, Mochtar menegaskan bahwa hukum internasional adalah keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara negara dan negara, negara dan subjek hukum lain yang bukan negara atau subjek hukum bukan negara satu sama lain.[323]

Dari penegasan di atas, tampak dua hal yang ingin disampaikan oleh Mochtar. *Pertama*, subjek-subjek hukum internasional oleh ia dibedakan ke dalam dua kelompok, yaitu negara dan subjek hukum bukan negara. *Kedua*, ruang lingkup atau subtansi dari hukum internasional yang menurut mochtar meliputi:

1. Hubungan atau persoalan hukum antara negara dan negara;
2. Hubungan atau persoalan hukum antara negara dan subjek hukum bukan negara;
3. Hubungan atau persoalan hukum antara subjek hukum bukan negara dan subjek hukum bukan negara satu dengan lainnya.[324]

Hukum internasional dapat didefinisikan sebagai sekumpulan hukum yang sebagian besar terdiri atas prinsip-prinsip dan peraturan-peraturan yang mengatur tentang perilaku yang harus ditaati oleh negara-negara, dan oleh karena itu juga harus ditaati dalam hubungan-hubungan antara mereka satu dan lainnya, serta yang juga mencakup:

1. Organisasi internasional, hubungan antara organisasi internasional satu dan lainnya, hubungan peraturan-peraturan hukum yang ber-

[322] I Wayan Partehiana, *Pengantar Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: Mandar Maju, 2003, hlm. 8.
[323] Mochtar Kusumaatmadja, *Op. cit.*, hlm. 3.
[324] I Wayan Parthiana, *Op. cit.*, hlm. 9-10.

kenaan dengan fungsi lembaga atau antara organisasi internasional dan negara atau negara-negara dan hubungan antara organisasi internasional dan individu atau individu-individu;
2. Peraturan-peraturan hukum tertentu yang berkenaan dengan individu dan subjek hukum bukan negara sepanjang hak dan kewajiban individu dan subjek hukum bukan negara tersebut bersangkut paut dengan masalah masyarakat internasional.[325]

Dari pengertian di atas, secara sepintas sudah diperoleh gambaran umum tentang ruang lingkup dan subtansi dari hukum internasional itu sendiri. Di dalamnya terkandung unsur subjek atau pelaku-pelaku yang berperan, hubungan-hubungan hukum antarsubjek atau pelaku, serta hal-hal atau objek yang tercakup dalam pengaturannya, serta prinsip-prinsip peraturan hukum yang semuanya terjalin sebagai satu keseluruhan. Berkenaan dengan subjek hukumnya, tampaklah bahwa negara tidak lagi merupakan stau-satunya subjek hukum internasional, sebagaimana pernah menjadi pandangan yang berlaku umum di kalangan para sarjana hukum internasional pada masa sekitar abad ke-19 dan awal abad ke-20. Ternyata subjek-subjek hukum internasional yang diakui eksistensinya dewasa ini, selain negara, juga organisasi internasional, individu, dan subjek hukum bukan negara.

Adapun mengenai subtansinya juga tampak bahwa subtansi hukum internasional itu sangat luas, yakni mencakup:

1. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan negara atau negara-negara, misalnya tentang kualifikasi suatu negara sebagai pribadi internasional, terbentuknya maupun berakhirnya suatu negara, peristiwa-peristiwa hukum yang dapat menimpa negara dan pengaruhnya terhadap eksistensinya, hak dan kewajiban negara, dan lain-lainnya;
2. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan atau yang mengatur persoalan-persoalan tentang hubungan antarnegara, seperti perjanjian internasional, hubungan diplomatik dan konsuler, hubungan dalam bidang politik dan ekonomi, dan lain-lainnya;
3. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan organisasi internasional dan fungsi-fungsinya, misalnya, tentang kualifikasi suatu organisasi internasional, kepribadian dan kemampuan hukum suatu organisasi internasional, tentang piagam, atau *statute* suatu organisasi internasional;

[325] *Ibid.*, hlm. 4.

4. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur hubungan antara organisasi internasional dengan organisasi internasional, seperti perjanjian-perjanjian antara dua atau lebih organisasi internasional, penggabungan ataupun pemisahan suatu organisasi internasional dan semua konsekuensi hukumnya;
5. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur persoalan antara negara dan organisasi internasional, seperti perjanjian antara negara dan organisasi internasional;
6. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan individu dan subjek hukum bukan negara, sepanjang hak dan kewajiban mereka itu menyangkut masalah masyarakat internasional.
7. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur hubungan antara organisasi internasional dengan individu, antara organisasi internasional dengan subjek hukum bukan negara, maupun antara subjek hukum bukan negara satu dan lainnya.

Patut ditegaskan, bahwa individu ataupun subjek hukum bukan negara barulah bisa dikatakan berkedudukan sebagai subjek hukum internasional apabila hukum internasional secara langsung memberikan ataupun mengakui hak dan kewajiban kepada individu maupun subjek hukum internasional bukan negara itu.[326]

B. PERKEMBANGAN HUKUM INTERNASIONAL

Pengungkapan sejarah sistem hukum internasional harus dimulai dari masa periode kuno, karena justru pada periode itu kaidah-kaidah yang mengatur hubungan antarmasyarakat internasional berupa adat istiadat. Traktat, kekebalan duta besar, peraturan perang ditemukan sebelum lahirnya agama Kristen di India dan Mesir Kuno. Di China kuno ditemukan aturan penyelesaian melalui arbitras dan mediasi. Demikian juga di Yunani kuno dan Romawi kuno. Adapun sistem hukum internasional merupakan suatu produk dari 400 tahun terakhir ini. Pada mulanya berupa adat istiadat dan praktik-praktik negara Eropa modern dalam hubungan dan komunikasi antarmereka dan adanya bukti-bukti pengaruh dari para ahli hukum pada abad ke-16, 17, dan 18. Lagi pula hukum internasional masih diwarnai oleh konsep-konsep kedaulatan nasional, kedaulatan teritorial, konsep kesamaan penuh dan kemerdekaan negara-negara yang meskipun memperoleh kekuatan dari teori-teori politik yang mendasari sistem ketatanegaraan Eropa modern juga

[326] *Ibid.*, hlm. 4-6.

dianut oleh negara-negara non-Eropa yang baru muncul.[327]

Pada masa Romawi kuno, hukum yang mengatur hubungan antarkerajaan tidak mengalami perkembangan karena masyarakat bangsa-bangsa adalah satu imperium, yaitu Imperium Romawi. Sumbangan utama bangsa Romawi bagi perkembangan hukum pada umumnya dan sedikit sekali bagi perkembangan hukum internasional. Pada masa Romawi ini diadakan pembedaan antara *ius naturale* dan *ius gentium*. *Ius gentium* (hukum masyarakat) menunjukkan hukum yang merupakan sub dari hukum alam (*ius naturale*). Pengertian *ius gentium* hanya dapat dikaitkan dengan dunia manusia, sedangkan *ius naturale* (hukum alam) meliputi seluruh fenomena alam. Sumbangan bangsa Romawi terhadap hukum pada umumnya yaitu dengan adanya *the Corpus Juris Civilis*, pada masa Kaisar Justinianus. Konsep-konsep dan asas-asas hukum perdata yang kemudian diterima dalam hukum internasional seperti *occupation, servitut, bona fides, pactasunt servanda*.

Pada masa kekuasaan Romawi, hukum internasional tidak mengalami perkembangan. Hal ini dikarenakan adanya Imperium Romawi Suci (*Holly Roman Empire*), yang tidak memungkinkan timbulnya suatu bangsa merdeka yang berdiri sendiri, serta adanya struktur masyarakat Eropa Barat yang bersifat feodal, yang melekat pada hierarki otoritas yang menghambat munculnya negara-negara merdeka, oleh karenanya tidak diperlukan hukum yang mengatur hubungan antarbangsa.[328]

Pada masa abad pertengahan atau biasa disebut sebagai *the dark age* (masa kegelapan), hukum alam mengalami kemajuan kembali melalui transformasi di bawah gereja. Peran keagamaan mendominasi sektor-sektor sekuler. Sistem kemasyarakatan di Eropa pada waktu itu terdiri dari beberapa negara yang berdaulat yang bersifat feodal dan Tahta Suci. Pada masa itu muncullah konsep perang adil sesuai dengan ajaran Kristen, yang bertujuan untuk melakukan tindakan yang tidak bertentangan dengan ajaran gereja. Selain itu, beberapa hasil karya ahli hukum memuat mengenai persoalan peperangan, seperti Bartolo yang menulis tentang tindakan balas yang seimbang (reprisal), Honore de Bonet menghasilkan karya *The Tree of Battles* pada 1380.[329]

Meskipun pada abad pertengahan hukum internasional tidak mengalami perkembangan yang berarti, sebagai akibat besarnya pengaruh ajaran gereja, tetapi negara-negara yang berada di luar jangkauan gereja, seperti di Inggris, Perancis, Venesia, Swedia, Portugal, benih-benih

[327] J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional,* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 16.
[328] *Ibid.*, hlm. 9-10.
[329] Thontowi, Jawahir dan Pranoto Iskandar, *Op. cit.*, hlm. 34.

perkembangan hukum internasional mulai bermunculan. Traktat-traktat yang dibuat oleh negara lebih bersifat mengatur peperangan, perdamaian, gencatan senjata dan persekutuan-persekutuan.

Melemahnya kekuasaan gereja yang ditandai dengan upaya sekulerisasi, seperti yang dilakukan oleh Martin Luther sebagai tokoh reformis gereja, dan seiring dengan mulai terbentuknya negara-negara modern. Misalnya, Jean Bodin dalam buku *Six Livers De la Republique* (1576), mengemukakan bahwa kedaulatan atau kekuasaan bagi pembentukan hukum merupakan hak mutlak bagi lahirnya entitas suatu negara.

Pada akhir abad pertengahan ini, hukum internasional digunakan dalam isu-isu politik, pertahanan dan militer. Hukum mengenai pengambilalihan wilayah berkaitan dengan eksplorasi Eropa terhadap benua Afrika dan Amerika. Beberapa ahli hukum seperti, Fransisco De Vittoria yang memberikan kuliah di Universitas Salamanca Spanyol bertujuan untuk justifikasi praktik penaklukan Spanyol. Ia menulis buku *Relectio de Indies*, yang menjelaskan hubungan bangsa Spantol dan Portugis dengan bangsa Indian di benua Amerika, Di dalam buku itu juga dikemukakan bahwa negara tidak dapat bertindak sekehendak hatinya, dan *ius inter gentes* (hukum bangsa-bangsa) diberlakukan bukan saja bagi bangsa Eropa tetapi juga bagi semua umat manusia.

Alberico Gentili, dengan hasil karyanya *De Jure Belli Libri Tres* (1598). Hasil pemikirannya lainnya adalah studi tentang hukum perang, doktrin perang adil, pembentukan traktat, hak-hak budak dan kebebasan di laut.[330]

Pada abad ke-l5 dan 16, telah terjadi penemuan dunia baru, masa pencerahan ilmu dan reformasi yang merupakan revolusi keagamaan yang telah memorak-porandakan belenggu kesatuan politik dan rohani di Eropa dan menguncangkan fundamen-fundamen umat Kristen pada abad pertengahan.

Para ahli hukum pada abad tersebut telah mulai memperhitungkan evolusi suatu masyarakat negara-negara merdeka dan memikirkan serta menulis tentang berbagai macam persoalan hukum bangsa-bangsa. Mereka menyadari perlunya serangkaian kaidah untuk mengatur hubungan antarnegara tersebut. Andai kata tidak terdapat kaidah-kaidah kebiasaan yang tetap, maka para ahli hukum wajib menemukan dan membuat prinsip-prinsip yang berlaku berdasarkan nalar dan analogi. Mereka mengambil prinsip-prinsip hukum Romawi untuk dijadikan pokok bahasan studi di Eropa. Mereka juga menjelaskan preseden-pre-

[330] *Ibid.*, hlm. 35-36.

seden sejarah kuno, hukum kanonik, konsep semi teologis dan serta hukum alam.[331]

Hugo De Groot atau Grotius (1583-1645), orang yang paling berpengaruh atas keadaan hukum internasional modern dan dianggap sebagai Bapak Hukum Internasional. Karyanya yang terkenal adalah buku *On the Law of War and Peace* (*de Jure Belli ac Pacis*) pada 1625. Hasil karyanya itu menjadi karya acuan bagi para penulis selanjutnya serta mempunyai otoritas dalam keputusan-keputusan pengadilan. Sumbangan pemikirannya bagi perkembangan hukum internasional adalah pembedaan antara hukum alam dengan hukum bangsa-bangsa. Hukum bangsa-bangsa berdiri sendiri terlepas dari hukum alam, dan mendapatkan kekuatan mengikatnya dari kehendak negara-negara itu sendiri. Beberapa doktrin Grotius bagi perkembangan hukum internasional modern adalah pembedaan antara perang adil dan tidak adil, pengakuan atas hak-hak dan kebebasan-kebebasan individu, netralitas terbatas, gagasan tentang perdamaian, konferensi-konferensi periodik antara pengusa-penguasa negara serta kebebasan di laut yang termuat dalam buku *Mare Liberium* (1609).[332]

Memasuki abad ke-17-18, bentuk negara-negara tidak lagi berdasarkan kerajaan tetapi didasarkan atas negara-negara nasional, serta adanya pemisahan antara gereja dan urusan pemerintahan. Dasar-dasar perjanjan Westphalia kemudian diperkuat lagi dengan adanya perjanjian Utrecht, yaitu dengan menerima asas keseimbangan kekuatan sebagai asas politik internasional. Ada kecenderungan dari para ahli hukum untuk lebih mengemukakan kaidah-kaidah hukum internasional terutama dalam bentuk traktat dan kebiasaan dan mengurangi sedikit mungkin hukum alam sebagai sumber dari prinsip-prinsip tersebut.[333]

Hukum internasional berkembang lebih jauh lagi ketika memasuki abad ke-19. Beberapa faktor yang memengaruhi perkembangan ini adalah adanya kebangkitan negara-negara baru, baik di dalam maupun di luar benua Eropa, Modernisasi sarana angkutan dunia, penemuan-penemuan baru, terutama di bidang persenjataan militer untuk perang. Kesemuanya itu menimbulkan kebutuhan akan adanya sistem hukum internasional yang bersifat tegas untuk mengatur hubungan-hubungan internasional tersebut. Pada abad ini juga mengalami perkembangan kaidah-kaidah tentang perang dan netralitas, serta meningkatnya penyelesaian perkara-perkara internasional melalui lembaga arbitrase

[331] Starke, *Op. cit.*, hlm. 11.
[332] Jawahir dan Pranoto Iskandar, *Op. cit.*, hlm. 39.
[333] J.G. Starke, *Op. cit.*, hlm. 13.

internasional. Praktik negara-negara juga mulai terbiasa dengan pembuatan traktat-traktat untuk mengatur hubungan-hubungan antarnegara. Hasil karya para ahli hukum, lebih memusatkan perhatian pada praktik yang berlaku dan menyampingkan konsep hukum alam, meskipun tidak meninggalkan pada *reason* dan *justice*, terutama apabila sesuatu hal tidak diatur oleh traktat atau kebiasaan.[334]

Hukum internasional mengalami perkembangan yang cukup penting Pada abad ini mulai dibentuk Permanent of Court Arbitration pada Konferensi Hague 1899 dan 1907. Pembentukan Permanent Court of International Justice sebagai pengadilan yudisial internasional pada 1921, pengadilan ini kemudian digantikan oleh International Court of Justice pada 1948 hingga sekarang. Terbentuk juga organisasi internasional yang fungsinya menyerupai pemerintahan dunia untuk tujuan perdamaian dan kesejahteraan umat manusia, seperti Liga Bangsa Bangsa, yang kemudian digantikan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa. Adanya perluasan ruang lingkup traktat multilateral tidak saja di bidang sosial ekonomi, tetapi juga mencakup perlindungan hak dan kebesasan fundamental individu. Para ahli hukum internasional lebih memusatkan perhatian pada praktik-praktik dan putusan-putusan pengadilan.[335]

Sejalan dengan perkembangan dalam masyarakat modern, maka hukum internasional dituntut agar dapat mengatur mengenai energi nuklir dan termonuklir, perdagangan internasional. Pengangkutan internasional melalui laut, pengaturan ruang angkasa di luar atmosfir dan di ruang kosmos, pengawasan lingkungan hidup, menetapkan rezim baru untuk eksplorasi dan eksploitasi sumber-sumber daya alam di dasar laut di luar batas-batas teritorial, sistem jaringan informasi dan pengamanan data-data komputer serta terorisme internasional.[336]

C. ASAS-ASAS HUKUM INTERNASIONAL

Hukum internasional diartikan sebagai himpunan dari peraturan dan ketentuan yang mengikat serta mengatur hubungan antarnegara dan subjek hukum lainnya dalam kehidupan masyarakat internasional.[337]

Beberapa asas atau prinsip umum yang terdapat dalam hukum internasional antara lain:[338]

[334] *Ibid.*, hlm. 14.

[335] *Ibid.*, hlm. 14-15

[336] *Ibid.*, hlm. 16.

[337] Boer Mauna, *Hukum Internasional Pengertian: Peranan dan Fungsi Dalam era Dinamika Global*, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 1.

[338] Disarikan dari Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontem-*

1. *Jus cogens*: sebuah norma yang memiliki keutamaan dibanding dengan norma-norma lainnya. Dalam hal suatu norma telah memiliki status *jus cogens* tidak dimungkinkan untuk mengalami pembatalan atau modifikasi oleh tindakan apa pun. *Jus cogens* sebagai sumber hukum tertinggi tidak dapat dibatalkan oleh suatu kekuatan politik apa pun. Contoh norma-norma *jus cogens* seperti genosida, diskriminasi rasial, agresi, penyiksaan dan perbudakan.
2. Prinsip kesetaraan kedaulatan (*equality before sovereign rights*), setiap negara memiliki kesamaan kedaulatan, kesetaraan hak dan kewajiban, kesetaraan sebagai anggota organisasi internasional, tanpa mempertimbangkan adanya perbedaan ekonomi, sosial, politik, dan sifat lainnya. Di dalam prinsip kesetaraan kedaulatan ini juga terkandung prinsip-prinsip turunannya seperti prinsip non-intervensi, kemerdekaan, *good faith* (iktikad baik), *non-recognition* (menolak atau mengakui situasi faktual dengan mendasarkan pada alasan-alasan moral dan legal dari situasi tersebut) dan *self determination* (hak menentukan diri sendiri).
3. Prinsip hidup berdampingan secara damai yang di dalam prinsip ini juga terkandung makna larangan menggunakan metode perang sebagai instrumen kebijakan luar negeri serta menyelesaikan sengketa dengan cara-cara damai.
4. *Self defence principles*: pengecualian atas prinsip non-intervensi yang tercantum dalam Pasal 51 Piagam PBB. Penggunaan prinsip ini harus memenuhi 2 elemen, yaitu keharusan (*necessity*) dan kepatuhan (*proportionality*).

Dan masih banyak lagi asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam matakuliah Hukum Internasional.

D. BENTUK HUKUM INTERNASIONAL

Terdapat beberapa bentuk perwujudan atau pola perkembangan yang khusus berlaku di suatu bagian dunia (*region*) tertentu:[339]

1. Hukum internasional regional
   Hukum internasional yang berlaku/terbatas daerah lingkungan berlakunya, seperti hukum internasional Amerika/Amerika Latin, seperti konsep landasan kontinen (*continental shelf*) dan konsep perlindungan kekayaan hayati laut (*conservation of the living resourc-*

porer, Bandung: PT Refika Aditama, 2006.

[339] http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_internasional, diakses pada 14 September 2013.

es of the sea) yang mula-mula tumbuh di benua Amerika sehingga menjadi hukum internasional umum.

2. Hukum internasional khusus
   Hukum Internasional dalam bentuk kaidah yang khusus berlaku bagi negara-negara tertentu seperti konvensi Eropa mengenai HAM sebagai cerminan keadaan, kebutuhan, taraf perkembangan dan tingkat integritas yang berbeda-beda dari bagian masyarakat yang berlainan. Berbeda dengan regional yang tumbuh melalui proses hukum kebiasaan. Hukum internasional merupakan keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara:
   a. Negara dengan negara;
   b. Negara dengan subjek hukum lain bukan negara;
   c. Subjek hukum bukan negara satu sama lain.

E. SUMBER HUKUM INTERNASIONAL

Sumber hukum internasional merupakan dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Pada dasarnya, sumber hukum internasional terbagi menjadi dua, yakni sumber hukum formal dan sumber hukum material.

Sumber hukum formal adalah prosedur hukum dan metode bagi pembentukan mengenai aturan untuk pengenaan secara umum mengikat secara hukum kepada pihak-pihak yang dituju.[340] Sumber hukum formal dalam hukum internasional ditegaskan dalam Statuta Mahkamah Internasional Pasal 38 ayat (1). Menurut Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional, sumber hukum internasional yang dipakai oleh mahkamah dalam mengadili perkara, sebagai berikut:[341]

1. Perjanjian internasional
   Perjanjian internasional yang menjadi sumber hukum utama atau primer dari hukum internasional adalah perjanjian internasional (*treaty*) baik berbentuk *law making treaty* maupun yang berbentuk *treaty contract*. *Law making treaty* artinya perjanjian internasional yang menetapkan ketentuan hukum internasional yang berlaku umum. Misalnya, Konvensi Wina 1961 tentang Hubungan Diplomatik dan Konvensi Wina 1963 tentang Hubungan Konsuler. Adapun

[340] Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: PT Refika Aditama, 2006, hlm. 53.

[341] http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 September 2013.

treaty contract artinya perjanjian internasional yang menetapkan ketentuan-ketentuan hukum kebiasaan internasional yang berlaku bagi dua pihak atau lebih yang membuatnya dan berlaku khusus bagi pihak-pihak tersebut.[342]

Perjanjian internasional menjadi hukum terpenting bagi hukum internasional positif karena lebih menjamin kepastian hukum. Di dalam perjanjian internasional diatur pula hal-hal yang menyangkut hak dan kewajiban antara subjek-subjek hukum internasional (antarnegara). Dalam membuat suatu perjanjian internasional, hal yang paling penting adalah adanya kesadaran tiap-tiap pihak pembuat perjanjian untuk secara etis normatif mematuhinya.

2. Kebiasaan internasional

   Kebiasaan internasional (*international custom*) adalah kebiasaan yang terbukti dalam praktik umum dan diterima sebagai hukum. Contohnya, penyambutan tamu dari negara lain dan ketentuan yang mengharuskan pemasangan lampu bagi kapal yang berlayar pada malam hari di laut bebas untuk menghindari tabrakan.

3. Prinsip hukum umum

   Yang dimaksud prinsip hukum umum di sini adalah prinsip hukum yang mendasari sistem hukum modern, yang meliputi semua prinsip hukum umum dari semua sistem hukum nasional yang bisa diterapkan pada hubungan internasional. Dengan adanya prinsip hukum umum, Mahkamah Internasional diberi keleluasaan untuk membentuk dan menemukan hukum baru. Dengan demikian, tidak ada alasan bagi Mahkamah Internasional untuk menyatakan *non-liquet* atau menolak mengadili karena tidak adanya hukum yang mengatur persoalan yang diajukan.

4. Keputusan pengadilan

   Keputusan pengadilan yang dimaksud sebagai sumber hukum internasional menurut Piagam Mahkamah Internasional Pasal 38 ayat (1) sub d adalah pengadilan dalam arti luas dan meliputi segala macam peradilan internasional maupun nasional termasuk di dalamnya mahkamah dan komisi arbitrase. Mahkamah yang dimaksudkan di sini adalah Mahkamah Internasional Permanen, Mahkamah Internasional, dan Mahkamah Arbitrase Permanen.

   Keputusan pengadilan nasional yang berkaitan dengan persoalan yang menyangkut hubungan internasional dapat dijadikan sebagai bukti dari telah diterimanya hukum internasional oleh pengadilan

[342] F. Sugeng Istanto, *Op. cit.,* hlm. 18.

nasional di negara yang bersangkutan. Selain itu, keputusan pengadilan nasional di berbagai negara mengenai hal yang serupa dapat dijadikan bukti dari apa yang telah diterima sebagai hukum. Hal ini sangat memengaruhi perkembangan hukum kebiasaan internasional. Perlu Anda pahami bahwa putusan badan-badan penyelesaian sengketa seperti putusan badan peradilan dan putusan badan arbitrase lazim disebut sebagai yurisprudensi.

5. Pendapat para sarjana terkemuka
   Pendapat para sarjana terkemuka di dunia dapat dijadikan pegangan atau pedoman untuk menemukan apa yang menjadi hukum internasional, terlebih bagi sarjana yang bertindak dalam suatu fungsi yang secara langsung berkaitan dengan upaya penyelesaian persoalan hukum internasional. Misalnya:
   a. Para sarjana terkemuka yang menjadi panitia ahli hukum (*committee of jurists*) yang diangkat oleh Liga Bangsa-bangsa pada 1920 untuk memberikan pendapatnya mengenai masalah Kepulauan Aaland.
   b. Para sarjana hukum terkemuka yang menjadi anggota Komisi Hukum Internasional (International Law Commission) Perserikatan Bangsa-bangsa.
   c. Para sarjana hukum internasional terkemuka di bidang kodifikasi dan pengembangan hukum internasional yang dilakukan di bawah naungan organisasi bukan pemerintah (swasta), seperti International Law Association, Institute de Droit International, dan banyak usaha serupa lainnya.[343]

Adapun sumber hukum material adalah materi-materi atau bahan-bahan yang membentuk atau melahirkan kaidah/norma tersebut, sampai dinamakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat.[344] Sumber hukum formal merupakan sumber hukum yang membahas materi dasar tentang substansi dari pembuatan hukum itu sendiri atau prinsip-prinsip yang menentukan isi ketentuan hukum internasional yang berlaku. Dalam pengertian ini, contoh sumber hukum material adalah prinsip bahwa setiap pelanggaran perjanjian menimbulkan kewajiban untuk memberikan ganti rugi. Korban perang harus diperlakukan secara manusiawi dan setiap perjanjian harus ditepati dengan penuh kejujuran

[343] http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 September 2013.

[344] Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, *Op. cit.*, hlm. 53.

(*pacta sunt servanda*).[345] Sumber hukum material juga dapat diartikan sebagai dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Ada beberapa teori yang menjelaskan dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional, sebagai berikut:

1. Teori hukum alam
   Menurut para penganut ajaran hukum alam, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah karena hukum internasional tersebut merupakan bagian dari hukum yang lebih tinggi, yaitu hukum alam. Ajaran hukum alam telah berhasil menimbulkan keseganan terhadap hukum internasional dan telah meletakkan dasar moral dan etika yang berharga bagi hukum internasional, juga bagi perkembangan selanjutnya.
2. Teori kedaulatan
   Menurut aliran teori kedaulatan, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah kehendak negara itu sendiri untuk tunduk pada hukum internasional. Tokoh-tokoh dalam teori kedaulatan antara lain Hegel dan George Jellineck dari Jerman.
3. Teori objektivis
   Menurut aliran teori objektivis, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah suatu norma hukum, bukan kehendak negara. Pendiri aliran atau teori ini dikenal dengan nama mazhab Wiena. Ajaran mazhab Wiena mengembalikan segala sesuatunya kepada suatu kaidah dasar (*grundnorm*). Tokoh mazhab Wiena adalah Hans Kelsen (dari Austria) yang dianggap sebagai bapak mazhab Wiena.
4. Teori fakta kemasyarakatan
   Menurut teori ini, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah fakta kemasyarakatan yang terdiri atas faktor biologis, sosial, dan sejarah kehidupan manusia. Hal ini didasarkan atas sifat alami manusia sebagai makhluk sosial yang memiliki hasrat atau naluri untuk selalu bergabung dengan manusia yang lain.

F. PANDANGAN ISLAM TENTANG HUKUM INTERNASIONAL[346]

Islam datang kepada umat manusia dan seluruh alam tiada lain adalah untuk membawa rahmat.[347] Rahmat sering diartikan sebagai sesuatu yang membawa kebaikan dan menciptakan kondisi yang kondusif bagi

[345] F Sugeng Istanto, *Op. cit.,* hlm. 19.
[346] Anton Minardi, staf pengajar pada Jurusan Hubungan Internasional FISIP Unpas.
[347] QS. *al-Anbiyaa* (21): 107.

kehidupan manusia yang dimensinya tidak terbatas keduniawian (fana) tetapi juga keakhiratan (eternal). Sesungguhnya fondasi Islam adalah keyakinan dan komitmen (iman) yang jelas, bangunannya adalah kebenaran yang kukuh (syariat Islam), ruh (spirit) Islam adalah kebaikan dan kemaslahatan (rahmat), dan simbol-simbolnya pun menjadi cahaya (ihsan). Hal ini telah diamanahkan dalam surah *al-Hujuraat* (49): 13:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ

Wahai manusia! Sesungguhnya Kami telah menciptakan kalian dari jenis laki-laki dan perempuan, dan menjadikan kalian bersuku-suku dan berbangsa-bangsa untuk saling mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia di antara kalian di sisi Allah adalah yang paling bertakwa di antara kalian. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengabari.

Sesuai dengan namanya *al-Islam* adalah keselamatan, kedamaian keselarasan dan kesejahteraan yang dibangun atas dasar ketaatan. Islam hanya akan menjadi konsep belaka apabila tidak dibarengi dengan kesungguhan membuktikan *syumuliyah al-Islam* (integralitas dan perfeksitas Islam) oleh para pemeluknya yang memiliki integritas keimanan (mu'min). Pengakuan sebagai Muslim tidak akan cukup untuk membuktikan bahwa Islam merupakan rahmat yang berisikan berbagai solusi yang tepat, tegas, dan tuntas.

Tetapi yang diperlukan adalah sikap sebagai mu'min yang yakin akan solusi yang dibawa Islam. Kondisi yang kita saksikan dan kita rasakan masa kini adalah bahwa seolah-olah Islam tidak lagi menjadi solusi bagi setiap problematika kehidupan, sehingga kita atau kebanyakan kaum Muslimin mencari berbagai solusi yang datangnya dari bangsa yang tidak dapat menyelesaikan masalahnya, bahkan mereka sendiri belum tentu dapat memahami eksistensi dirinya dengan benar. Kecuali perasaan eksistensi diri yang dibangun atas dasar nalar reduksionis.

Sehingga perasaan dan harapan terhadap konsep yang dibangun secara sepihak dan parsial itu sudah barang tentu tidak akan menyelesaikan masalah, malah yang terjadi adalah masalah lainnya akan segera timbul. Contoh yang paling tepat adalah ketika *renaissance* terjadi di Barat sekitar abad 15.

Maksud hati mencari jalan keluar dari berbagai keterpurukan, tetapi karena konsep parsial dan irasional yang digelar hasilnya adalah keterpurukan yang lainnya diperoleh bahkan semakin terpuruk. Konsep *liberte* (kebebasan) yang mencakup kebebasan berpikir, berpendapat

dan berekspresi yang pada satu sisi menghasilkan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, tetapi pada sisi lainnya menghasilkan kehancuran moral dan keterpurukan peradaban mereka. Begitu pula prinsip *egalite* (kesetaraan) dan *praternite* (persaudaraan) yang mereka bangun ternyata kedok belaka. Robot dengan programnya sudah dapat dipastikan tidak akan dapat memperbaiki *error* yang menimpa dirinya, akan tetapi pabriknyalah yang dapat melakukannya.

Padahal Islam merupakan risalah yang datang dari pabrik atau pencipta yang membuat alam semesta ini, yang diberikan tugas untuk menyampaikan dan menerjemahkannya juga *ma'shum* (terjaga dari kesalahan). Ketika Muhammad (sebelum diangkat menjadi nabi dan rasul) mendapati bangsanya dalam keterpurukan bahkan diabadikan dengan istilah *jahiliyah* (sistem yang bodoh dan tidak beradab)[348] sedang beliau sendiri merasa tidak mampu untuk memperbaikinya begitu juga seluruh manusia lainnya, beliau sadar bahwa ada Dzat yang serba Maha yang menjadi kunci dari segala *problem solving.* Islam melalui Nabi Muhammad saw. sebagai penerjemahnya melakukan langkah-langkah strategisnya sebagai berikut:

Pertama, renaissance dengan mensosialisasikan konsep *iqra'* (membuka akal pikiran, rasio, dan wawasan) yaitu membuka setiap hijab (penghalang) yang menghalangi masuknya hidayah (petunjuk) dari Allah ke dalam diri manusia. Awal dakwah tidak dimulai dengan memaksakan keyakinan bahwa Tuhan itu Esa, tetapi justru dengan membuka akal terlebih dahulu.

Kedua, desakralisasi, yaitu mengubah pola pikir dan menghapuskan segala bentuk sakralisasi terhadap materi yang tidak sepatutnya. Desakralisasi itu dilakukan terhadap tuhan-tuhan rekaan logika dan ciptaan tangan mereka sendiri (manusia), peran manusia yang disucikan, benda, tempat, roh, logika dan kebiasaan yang selama ini disakralkan. Dibongkar kebohongannya, dibuktikan ketidakkuasaannya dan digantikan dengan memosisikan kembali Allah Swt. sebagai satu-satunya Dzat yang layak disakralkan.

Ketiga, deslavery, yaitu membebaskan segala bentuk perbudakan baik yang bentuknya perbudakan secara ide, aktivitas dan fisik. Membebaskan rasionalitas yang fitrah (kondisi awal manusia yang suci, selaras

[348] Jahiliyah adalah sistem kufur (selain Islam) yang membodohi manusia, mengalienasi fungsi dan peran manusia dari jati dirinya bahkan memperbudaknya dengan hawa nafsu dan sifat-sifat syaitoniyah. Akibatnya adalah perbudakan, penghinaan terhadap wanita dan kaum yang lemah, pemerkosaan hak asasi manusia, kecurangan, perampokan, pembunuhan, kemaksiatan, kemusyrikan, kekejian, dan sebangsanya.

dan selamat) yang terbelenggu oleh otoritas yang memaksa, kegiatan yang didasarkan perintah/kehendak/adat atasan/tokoh/nenek moyang belaka, dan bentuk perbudakan terhadap fisik yang menjadikan wanita sebagai setengah manusia, pemuas pria dan kelas dua dan memperjualbelikan manusia. Semua manusia adalah sama dan yang pantas membedakannya adalah nilai iman dan takwa kepada-Nya, bukan atas dasar ras, golongan, pangkat, jabatan dan harta.

Keempat, reformulasi dan reorientasi paradigma, yaitu mengganti setiap paradigma yang semata berdasarkan pada materi dan penampakan secara fisik, penilaian yang berdasarkan pada konvensi jahiliyah dan sikap serta perilaku yang mengembangkan hawa nafsu dengan menetapkan standar-standar Allah Swt. sebagai formula baru yang mencakup keimanan, keikhlasan, keihsanan, ketakwaan, dan kesabaran. Misalnya mempersamakan kedudukan seluruh manusia beserta hak dan kewajibannya, mendudukkan kodrat manusiawi secara benar, dan melakukan tindakan berdasarkan wahyu Ilahi. Adapun orientasinya ialah kemaslahatan, keselamatan, dan kebahagiaan dunia dan akhirat. Sehingga tak ada lagi perbudakan, wanita setara dengan pria kecuali fungsinya yang berbeda, tindakan kasar kepada Rasulullah tidak dibalasnya dengan hal yang serupa tetapi dengan kasih sayang dan doa, jihad dan *harb* (perang) bukan dilakukan atas dasar kebencian, tetapi karena izin Allah dan niat untuk memberi pelajaran dan dalam rangka dakwah (mengajak kepada kebenaran), mengutus para diplomat ke berbagai negara bukan untuk memperluas kekuasaan tetapi untuk mengeluarkan dari kondisi jahiliyah kepada cahaya Islam yang menyelamatkan, dan lain-lain.

Kelima, menjadi *masterpiece*, yaitu selain mengubah pola pikir dan kondisi umat, tetapi juga memberikan tauladan yang indah. Tauladan itu mencakup prinsip ajaran, perilaku, sistem kemasyarakatan, pemerintahan dan urusan hubungan internasional. Prinsip ajaran dikodifikasi dalam Al-Qur'an dan as-Sunnah yang ditulis dalam mushaf Al-Qur'an dan kitab Hadis yang isinya disebut sebagai syariat Islam (hukum Islam). Perilaku dalam *akhlak al-karimah* (budi pekerti) Islam.

Sistem kemasyarakatan dengan mempersaudarakan antarkaum Muslimin dan antara kaum Muslimin dan non-Muslim dan mengadakan perjanjian damai serta kerja sama. Sistem pemerintahan dengan membuat suatu *Dustur al-Madinah* (Piagam Madinah) yang mencakup kepemimpinan Islam atas umat lainnya, kesetaraan kedudukan warga negara, pemberlakuan hukum yang adil, vonis berdasar atas hukum agama menurut pemeluknya masing-masing, toleransi, kerja sama dan tidak berkhianat. Dan urusan hubungan internasional dilakukan atas dasar

dakwah Islam dan perdamaian, dibangun atas prinsip hukum antargolongan atau hukum internasional baik dalam kondisi damai maupun perang.

Menjadi suatu kebutuhan bahwa ketika syari'at Islam itu akan diterapkan, maka diperlukan kodifikasi hukum Islam. Ada beberapa pendapat mengenai cakupan dari lapangan hukum Islam yang telah dirintis dari masa lampau oleh *fuqaha* (ahli hukum Islam). Secara umum bahwa lapangan hukum Islam mencakup ibadah, hukum keluarga, hukum privat, hukum pidana, *siyasah syar'iyah*, dan hukum internasional.[349]

Aspek hukum internasional inilah yang akan menjadi topik bahasan di sini. Tujuannya adalah untuk menjawab pertanyaan apakah Islam itu disebarkan dengan kekerasan dan teror? Dan bagaimana konsep Islam dalam membangun peradaban dunia sepanjang masa? Tentu ini harus dijawab dengan bagaimana Islam menetapkan prinsip-prinsip hukum internasional dan praktiknya.

1. Sejarah Singkat Hukum Internasional Islam

Setibanya di Madinah Rasulullah melakukan langkah-langkah strategis, yaitu *pertama,* membangun masjid yang kemudian dikenal sebagai Masjid Nabawi. *Kedua,* mempersaudarakan antara kaum Muslimin tanpa mengenal latar belakang keluarga, suku, ras dan golongan. *Ketiga,* membuat traktak yang dikenal dengan *Madinah Charter* (Piagam Madinah), yang berisi persatuan umat Islam dan non-muslim, perjanjian perdamaian, dan perjanjian kerja sama. Di antara butir-butir terpenting dari prinsip-prinsip Piagam tersebut adalah *al-musawah* (persamaan kedudukan sebagai warga)*, alhurriyyah* (kebebasan berlandaskan syari'at), *al-adalah* (keadilan), *al-ukhuwwah* (persaudaraan) dan *at-tasamuh* (toleransi). Di sinilah pemerintahan Islam (khilafah) mulai dibangun dengan metode dan struktur pemerintahannya.

Pada saat khilafah Islam yang pertama yang berpusat di Madinah tersebut, pemerintahan Islam telah memulai hubungan internasionalnya dengan mengirimkan para diplomatnya untuk menyampaikan da'wah Islam kepada para penguasa di belahan yang lain di dunia. Beberapa di antaranya kepada Najasy di Habasyah (Ethiopia), Hiroklius penguasa Romawi (Roma), Kisra penguasa Persia (Iran), Muqauqis di Yaman, dan lain-lain.[350]

---

[349] Ahmad Hanafi, *Pengantar dan Sejarah Hukum Islam,* Bulan Bintang: Jakarta, 1989, hlm. 38-51

[350] Sejarah telah membuktikan bahwa Nabi Muhammad saw. sejak tahun ketiga hijriah telah mengirimkan beberapa utusan (*envoys*) ke negara-negara lain. Demikian juga, pada

Dakwah terus berkembang dan mencapai ke negeri-negeri yang sangat jauh. Selain mendapatkan kemenangan dalam merekrut manusia ke dalam Islam, tetapi juga Islam semakin tersebar ke seluruh dunia. Persia, Mesir, Yerussalem, Romawi dan sebagainya jatuh ke pangkuan Islam. Dalam kondisi itulah interaksi antarmanusia, kelompok, dan negara tidak dapat dihindari, dan tuntutan kepada aturan yang jelas bagi aktivitas mereka menjadi suatu keharusan dalam bentuk kesepakatan, perjanjian dan aturan yang selanjutnya mewujud menjadi hukum internasional. Yaitu merupakan suatu tata hukum dengan ketentuan-ketentuan yang mengatur pergaulan antarnegara dan dalam rangka itu mengatur pula hubungan di antaranya.

2. Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Islam dan Realisasinya

Saat ini kita mengenal bahwa hukum internasional itu berasal dari pendapat para ahli hukum, yurisprudensi dan perjanjian internasional yang datangnya dari Barat. Barangkali dapat disimak apa yang diungkapkan oleh Hugo Grotius yang dikenal sebagai "bapak hukum internasional" bahwa hukum internasional pada hakikatnya telah tumbuh sejak lahirnya masyarakat manusia di dunia ini, akan tetapi sebagai ilmu yang komplet telah dilahirkan dari hukum Islam, sebab agama Islam yang dibawa oleh Nabi Muhammad Saw. yang bersumber pada Al-Qur'an memuat ajaran prinsip-prinsip hukum internasional itu.

Hal tersebut dibenarkan oleh Baron Michele de Tubb, seorang guru besar di bidang ilmu hukum internasional pada Akademi Ilmu Negara di den Haag yang dalam salah satu pidatonya menegaskan bahwa sesungguhnya bagi hukum internasional itu banyak dilandasi oleh prinsip dasar yang terdahulu diletakkan oleh agama Islam, terutama sekali yang bertalian dengan hukum perang dan damai (*war and peace*).[351]

Misalnya di bidang hukum laut sebelum Grotius menganjurkan adanya ketetapan dalam hukum internasional soal laut bebas dan batas-batas landas kontingen bagi suatu negara, maka sejak di zaman Daulah

tahun ke-9 Hijriah, Nabi Muhammad Saw. telah menerima duta dan utusan dari negara-negara lain, sehingga tahun ini terkenal dengan julukan tahun duta-duta. Hamodurrahman (1976: 90-92) dan Altaf Gauhar (1983: 225-228 dan 241), dalam H.M. Daud Ali dkk., *Islam untuk Disiplin Ilmu Hukum, Sosial dan Politik,* (Jakarta: Bulan Bintang-Jakarta, 1989, hlm. 92). Delegasi yang diterima Rasulullah saw. pada tahun ke-9 hijrah (April 630-Maret 631) adalah dari Thaif, Kristen Najran, Bani Sa'ad, Bani Thayyi, Bani Tamim, Bani Hanifa, Raja-Raja Himyar, dan dari Kinda. Afzal Iqbal. *Diplomacy in Early Islam,* (terjemahan). 2000, hlm. 49-74.

[351] Ali Mansur. *Assyari'atul Islamiyyatu wal qanunut Dalliyu al'am.* 1965: 31-42 dalam L. Amin Widodo. *Fiqih Siasah Dalam Hubungan Internasional.* 1994: 6-7. Tiara Wacana-Yogya.

Ummayah (9 abad sebelumnya), Khalifah Umar bin Abdul Aziz telah menetapkan daerah lautan bebas dan batas-batas landasan kontingen daerah pantai. Hal tersebut terjadi dikala gubernur Afrika Utara memohon kepada khalifah, izin untuk melarang pedagang-pedagang Eropa Selatan yang memasuki pantai Afrika Utara dengan membawa barang-barang dagangan dan izin menarik bea cukai bagi para pedagang kaum Muslimin di pantai Afrika itu. Khalifah Umar bin Abdul Aziz berlandaskan QS. *al-Baqarah* (2): 85-86 melarang menghalangi pelayaran di lautan bebas dan menarik bea cukai, terkecuali apabila masuk daerah landas kontinen sesuai dengan pakta perjanjian internasional yang telah disepakati antara bangsa-bangsa mengenai daerah "lautan tertutup".

Begitu juga Arminazi dalam bukunya *Hukum Internasional dalam Islam* menjelaskan bahwa para ahli hukum internasional di Eropa telah mengakui di mana kenyataannya dari bukti-bukti sejarah bahwa hukum Islam menjadi sumber terpenting bagi dasar-dasar hukum internasional yang ada sekarang. Bahkan Gustave Lebon penulis Perancis ternama mengakui, bahwa *renaissance* di Eropa yang terjadi sembilan abad kemudian setelah lahirnya Islam, maka andil besar yang telah diberikan adalah datang dari peradaban Islam.[352]

Secara umum hukum internasional menurut Islam mencakup seluruh aspek baik dalam kondisi perang maupun damai. Pelaksanaannya dapat diimplementasikan dalam tiga wilayah yaitu: (1) *darul Islam* (negara Islam yaitu negara yang menerapkan syari'at Islam); (2) *darul darbi* (negara kafir yaitu yang memerangi negara Islam); dan (3) *darul 'ahdi* (negara yang mengadakan perjanjian damai dengan negara Islam).[353]

Adapun prinsip-prinsip dasar hukum internasional dalam Islam yaitu:

a. Saling menghormati fakta dan traktat (QS. *al-Anfaal* [8]: 58; *at-Taubah* [9]: 4 dan 7; *an-Nahl* [16]: 91; *al-Isra'* [17]: 34);
b. Kehormatan dan Integrasi Internasional (QS. *an-Nahl* [16]: 92);
c. Keadilan internasional (QS. *al-Maaidah* [5]: 8);
d. Menjaga perdamaian (QS. *al-Anfaal* [8]: 61);
e. Menghormati kenetralan negara-negara lain (*non combatants*) (QS. *an-Nisaa'* [4]: 89-90).
f. Larangan terhadap eksploitasi imperialis (QS. *an-Nahl* [16]: 92; *al-Qashash* [28]: 83).

[352] *Ibid.,* hlm. 6-8.

[353] T.M. Hasbi ash-Shiddieqy. *Hukum Antar Golongan dalam Fiqih Islam,* Jakarta: Bulan Bintang, 1391 H/1971 M, hlm. 118-123.

g. Memberikan perlindungan dan dukungan kepada orang-orang Islam di negara lain (QS. *al-Anfaal* [8]: 72);
h. Bersahabat dengan kekuasaan netral (QS. *al-Mumtahanah* [60]: 8, 9);
i. Kehormatan dalam hubungan internasional (QS. *ar-Rahman* [55]: 60);
j. Persamaan keadilan untuk para penyerang (QS. *al-Baqarah* [2]: 194; *an-Nahl* [16]: 126; *asy-Syuura* [42]: 40-42).

Selain itu, Islam menegaskan bahwa hak asasi manusia, baik muslim maupun non-Muslim, laki-laki maupun perempuan, dilindungi oleh undang-undang.

a. Hak hidup (QS. *al-Israa*: 33, *al-An'aam*: 151);
b. Hak Milik (QS. *al-Baqarah*: 188, *an-Nisaa'*: 29);
c. Perlindungan kehormatan (QS. *al-Hujuraat*: 11-12);
d. Keamanan dan kesucian kehidupan pribadi (QS. *an-Nuur*: 27, *al-Hujuraat*: 12);
e. Keamanan kemerdekaan pribadi (QS. *al-Hujurat*: 6);
f. Perlindungan dari hukuman penjara yang sewenang-wenang (QS. *al-An'aam*: 164);
g. Hak untuk memprotes kelaliman (tirani) (QS. *an-Nisaa'*: 148, *al-Maaidah*: 78-79, *Ali Imran*: 110);
h. Kebebasan ekspresi (QS. *at-Taubah*: 71);
i. Kebebasan hati nurani (QS. *al-Baqarah*: 256);
j. Status warga negara nonmuslim dalam negara Islam dilindungi (Hadis riwayat Abu Dawud);
k. Kebebasan berserikat (QS. *Ali Imran*: 104-105);
l. Kebebasan berpindah (QS. *al-Baqarah*: 84-85);
m. Persamaan hak dalam hokum (QS. *an-Nisaa'*: 1, *al-Hujuraat*: 13);
n. Hak mendapatkan keadilan (QS. *asy-Syu'araa*: 15);
o. Hak mendapatkan kebutuhan dasar hidup manusia (QS. *adz-Dzaariyaat*: 19).
p. Hak mendapatkan pendidikan (QS. *Yunus*: 101).[354]

Pelaksanaannya diimplementasikan dalam hubungan internasional Islam yang mendasarkan diripada beberapa prinsip. *Pertama*, hubungan internasional dilandasi dengan prinsip untuk memelihara ketertiban dan perdamaian di dunia. Prinsip perdamaian memiliki doktrin sebagai berikut:

[354] Syekh Syaukat Hussain. *Human Right in Islam* (terjemahan), Jakarta: Gema Insani Press, 1996, hlm. 59-95.

a. Umat manusia dan bangsa-bangsa di dunia berasal dari satu orang, yaitu Nabi Adam a.s;
b. Al-Qur'an telah menggariskan suatu ketentuan asasi agar manusia selalu menghormati perjanjian termasuk perjanjian perdamaian;
c. Perang hanya diizinkan dalam keadaan-keadaan khusus, yakni apabila keamanan dan pertahanan negara terancam oleh pihak musuh;
d. Islam tidak membenarkan dan melarang paksaan dan kekerasan;
e. Islam mengajarkan agar perdamaian itu dimulai dari hubungan perorangan.

Kedua, Islam memerintahkan kepada pemeluknya agar supaya memenuhi persetujuan dan perjanjian internasional. *Ketiga,* sejak zaman Nabi Muhammad saw. hubungan internasional dilaksanakan dengan cara pertukaran duta atau utusan (*envoys*).[355]

Praktik hubungan internasional menurut pandangan Islam kini, yaitu:

a. Negara-negara yang ada dewasa ini dalam dunia Islam, seluruhnya dianggap berada di dalam satu;
b. Negara-negara lain, baik yang berada di Barat maupun di Timur, seluruhnya dianggap Darul Kuffar dan statusnya menurut syara adalah termasuk Darul Harb;
c. Dengan negeri-negeri tersebut di atas dibolehkan mengadakan perjanjian bertetangga baik, perjanjian perdagangan, ekonomi, perjanjian ilmiah, perjanjian dalam bidang pertanian, dan perjanjian lainnya yang dibolehkan menurut syara;
d. Negara-negara lain yang tidak memiliki hubungan perjanjian dengan negara khilafah dan negara-negara imperialis Amerika, Inggris, Perancis, atau negara-negara serakah yang ingin menguasai wilayah kaum muslim, seperti Rusia, dianggap sebagai negara-negara musuh (*muharibah hukman*) ditinjau dari segi hukum. Terhadap mereka diambil langkah-langkah waspada dan siaga penuh, serta tidak akan diadakan hubungan diplomatik dengan mereka;
e. Negara-negara musuh yang sedang memerangi umat (*muharibah fi'lan*), seperti Israel, maka terhadap institusi ini diambil sikap siaga perang sebagai asas hubungan dengan mereka (QS. *an-Nisaa'*: 141; *al-Baqarah*: 194;
f. Negara Khilafah tidak diperkenankan mengadakan perjanjian kerja sama militer (pakta pertahanan militer) dengan negara-negara

[355] H.M. Daud Ali dkk., *Islam untuk Disiplin Ilmu Hukum, Sosial dan Politik,* Jakarta: Bulan Bintang, 1989, hlm. 87-92.

lain, seperti bentuk perjanjian pertahanan bersama atau perjanjian keamanan bersama. Termasuk di dalamnya memberikan fasilitas militer, seperti menyewakan pangkalan militer, pangkalan udara atau dermaga kapal perang.

g. Tidak dibolehkan meminta bantuan militer kepada negara-negara kafir, atau kepada pasukan kafir (Hadis). Dalam hal larangan ini termasuk dalam mengambil pinjaman/utang dan menyerahkan urusan ke tangan negara-negara kafir.[356]

Khusus bagi negeri-negeri Muslim terlebih bagi Indonesia, pelaksanaan hubungan internasional itu hendaknya dengan komitmen melaksanakan "politik bebas aktif" yang bertujuan memperjuangkan kepentingan bersama, membebaskan dari belenggu kapitalis dan komunis serta lembaga-lembaga internasional yang menjerat, membela umat Islam di seluruh dunia dan memajukan Islam. Untuk mewujudkan hal tersebut tampaknya perlu suatu pemerintahan yang peduli akan penerapan syari'at Islam, pemimpin yang islami dan sistem pemerintahan yang sangat mandiri dan berwibawa.

[356] Hizbut Tahrir. *Hizbut Tahrir* (terjemahan). 2002: 111-118.

9

HUKUM ADAT

A. PENGERTIAN HUKUM ADAT

Istilah adat berasal dari bahasa Arab, yang apabila diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia berarti "kebiasaan". Adat atau kebiasaan telah meresap ke dalam Bahasa Indonesia, sehingga hampir semua bahasa daerah di Indonesia telah menganal dan menggunakan istilah tersebut.

Adat atau kebiasaan dapat diartikan sebagai "tingkah laku seseoarang yang terus-menerus dilakukan dengan cara tertentu dan diikuti oleh masyarakat luar dalam waktu yang lama." Dengan demikian unsur-unsur terciptanya adat yaitu:

1. Adanya tingkah laku seseorang;
2. Dilakukan terus-menerus;
3. Adanya dimensi waktu;
4. Diikuti oleh orang lain/masyarakat.

Pengertian adat istiadat menyangkut sikap dan kelakuan seseorang yang diikuti oleh orang lain dalam suatu proses waktu yang cukup lama, ini menunjukkan begitu luasnya pengertian adat-istiadat tersebut. Tiap-tiap masyarakat atau bangsa dan negara memiliki adat istiadat sendiri-sendiri, yang satu satu dengan yang lainnya pasti tidak sama.

Adat istiadat dapat mencerminkan jiwa suatu masyarakat atau bangsa dan merupakan suatu kepribadian dari suatu masyarakat atau

bangsa. Tingkat peradaban, cara hidup yang modern sesorang tidak dapat menghilangkan tingkah laku atau adat istiadat yang hidup dan berakar dalam masyarakat.

Adat selalu menyesuaikan diri dengan keadaan dan kemajuan zaman, sehingga adat itu tetap kekal, karena adat selalu menyesuaikan diri dengan kemajuan masyarakat dan kehendak zaman. Adat istiadat yang hidup di dalam masyarakat erat sekali kaitannya dengan tradisi-tradisi rakyat dan ini merupakan sumber pokok dari pada hukum adat.

Menurut Prof. Kusumadi Pudjosewojo, mengatakan bahwa adat adalah tingkah laku yang oleh masyarakat diadatkan. Adat ini ada yang tebal dan ada yang tipis dan senantiasa menebal dan menipis. Aturan-aturan tingkah laku di dalam masyarakat ini adalah aturan adat dan bukan merupakan aturan hukum.

1. Istilah Hukum Adat

Istilah hukum adat dikemukakan pertama kalinya oleh Prof. Dr. Cristian Snouck Hurgronye dalam bukunya yang berjudul *De Acheers* (orang-orang Aceh), yang kemudian diikuti oleh Prof.Mr.Cornelis van Vollen Hoven dalam bukunya yang berjudul *Het Adat Recht van Nederland Indie*. Dengan adanya istilah ini, maka Pemerintah Kolonial Belanda pada akhir 1929 meulai menggunakan secara resmi dalam peraturan perundang-undangan Belanda.

Istilah hukum adat sebenarnya tidak dikenal di dalam masyarakat, dan masyarakat hanya mengenal kata "adat" atau kebiasaan. *Adat recht* yang diterjemahkan menjadi hukum adat dapatkah dialihkan menjadi hukum kebiasaan.

Van Dijk tidak menyetujui istilah hukum kebiasaan sebagai terjemahan dari *adat recht* untuk menggantikan hukum adat dengan alasan:

> "Tidaklah tepat menerjemahkan *adat recht* menjadi hukum kebiasaan untuk menggantikan hukum adat, karena yang dimaksud dengan hukum kebiasaan adalah kompleks peraturan hukum yang timbul karena kebiasaan, artinya karena telah demikian lamanya orang biasa bertingkah laku menurut suatu cara tertentu sehingga timbulah suatu peraturan kelakuan yang diterima dan juga diinginkan oleh masyarakat, sedangkan apabila orang mencari sumber yang nyata dari mana peraturan itu berasal, maka hampir senantiasa akan dikemukakan suatu alat perlengkapan masyarakat tertentu dalam lingkungan besar atau kecil sebagai pangkalnya."

Hukum adat pada dasarnya merupakan sebagian dari adat istiadat masyarakat. Adat istiadat mencakup konsep yang luas. Sehubungan

dengan itu dalam penelaahan hukum adat harus dibedakan antara adat istiadat (nonhukum) dengan hukum adat, walaupun keduanya sulit sekali untuk dibedakan karena keduanya erat sekali kaitannya.

2. Pengertian Hukum Adat

Untuk mendapatkan gambaran apa yang dimaksud dengan hukum adat, maka perlu kita telaah beberapa pendapat sebagai berikut:

Prof. Mr. B. Terhaar Bzn[357]

Hukum adat adalah keseluruhan peraturan yang menjelma dalam keputusan-keputusan dari kepala-kepala adat dan berlaku secara spontan dalam masyarakat.

Prof. Mr. Cornelis van Vollen Hoven

Hukum adat adalah keseluruhan aturan tingkah laku masyarakat yang berlaku dan mempunyai sanksi dan belum dikodifikasikan.

Dr. Sukanto, S.H.

Hukum adat adalah kompleks adat-adat yang pada umumnya tidak dikitabkan, tidak dikodifikasikan dan bersifat paksaan, mempunyai sanksi jadi mempunyai akibat hukum.

Mr. J.H.P. Bellefroit

Hukum adat sebagai peraturan-peraturan hidup yang meskipun tidak diundangkan oleh penguasa, tetapi tetap dihormati dan ditaati oleh rakyat dengan keyakinan bahwa peraturan-peraturan tersebut berlaku sebagai hukum.

Prof. M.M. Djojodigoeno, S.H.

Hukum adat adalah hukum yang tidak bersumber kepada peraturan-peraturan.

Prof. Dr. Hazairin

Hukum adat adalah endapan kesusilaan dalam masyarakat yaitu kaidah-kaidah kesusilaan yang kebenarannya telah mendapat pengakuan umum dalam masyarakat itu.

Soeroyo Wignyodipuro, S.H.

Hukum adat adalah suatu kompleks norma-norma yang bersumber pada perasaan keadilan rakyat yang selalu berkembang serta meliputi peraturan-peraturan tingkah laku manusia dalam kehidupan sehari-hari dalam

[357] Terhaar terkenal dengan teori keputusan, artinya bahwa untuk melihat apakah sesuatu adat istiadat itu sudah merupakan hukum adat, maka perlu melihat dari sikap penguasa masyarakat hukum terhadap si pelanggar peraturan adat istiadat. Apabila penguasa menjatuhkan putusan hukuman terhadap si pelanggar, maka adat istiadat itu sudah merupakan hukum adat.

masyarakat, sebagaian besar tidak tertulis, senantiasa ditaati dan dihormati oleh rakyat karena mempunyai akibat hukum (sanksi).

Prof. Dr. Soepomo, S.H.

Hukum adat adalah hukum tidak tertulis di dalam peraturan tidak tertulis, meliputi peraturan-peraturan hidup yang meskipun tidak ditetapkan oleh yang berwajib tetapi ditaati dan didukung oleh rakyat berdasarkan atas keyakinan bahwasanya peraturan-peraturan tersebut mempunyai kekuatan hukum.

Dari batasan-batasan yang dikemukakan di atas, maka terlihat unsur-unsur dari pada hukum adat sebagai berikut:

a. Adanya tingkah laku yang terus menerus dilakukan oleh masyarakat;
b. Tingkah laku tersebut teratur dan sistematis;
c. Tingkah laku tersebut mempunyai nilai sakral;
d. Adanya keputusan kepala adat;
e. Adanya sanksi/akibat hukum;
f. Tidak tertulis;
g. Ditaati dalam masyarakat.

3. Teori *Reception in Complexu*

Teori ini dikemukakan oleh Mr. L.C.W. Van Der Berg. Menurut teori *reception in complexu*, bahwa jika suatu masyarakat itu memeluk agama tertentu, maka hukum adat masyarakat yang bersangkutan adalah hukum agama yang dipeluknya. Kalau ada hal-hal yang menyimpang daripada hukum agama yang bersangkutan, maka hal-hal itu dianggap sebagai pengecualian.

Terhadap teori ini hampir semua sarjana memberikan tanggapan dan kritikan, di antaranya Snouck Hurgronje yang menentang dengan keras terhadap teori ini, dengan mengatakan bahwa tidak semua hukum agama diterima dalam hukum adat. Hukum agama hanya memberikan pengaruh pada kehidupan manusia yang sifatnya sangat pribadi yang erat kaitannya dengan kepercayaan dan hidup batin, bagian-bagian itu adalah hukum keluarga, hukum perkawinan, dan hukum waris.

Namun pendapat Snouck Hurgronje tersebut dibantah oleh Ter Haar. Menurutnya, hukum waris bukan berasal dari hukum agama, tetapi merupakan hukum adat yang asli tidak dipengaruhi oleh hukum Islam, sedangkan hukum waris disesuaikan dengan struktur dan susunan masyarakat.

Teori *reception in comlexu* ini sebenarnya bertentangan dengan kenyataan dalam masyarakat, karena hukum adat terdiri atas hukum asli

(Melayu Polinesia) dengan ditambah dari ketentuan-ketentuan dari hukum Agama demikian dikatakan oleh Van Vollen Hoven.

Memang diakui sulit mendeskripsikan bidang-bidang hukum adat yang dipengaruhi oleh hukum agama, hal ini disebabkan:

a. Bidang-bidang yang dipengaruhi oleh hukum agama sangat bervariasi dan tidak sama terhadap suatu masyarakat;
b. Tebal dan tipisnya bidang yang dipengaruhi hukum agama juga bervariasi;
c. Hukum adat ini bersifat lokal;
d. Dalam suatu masyarakat terdiri atas warga-warga masyarakat yang agamanya berlainan.

4. Perbandingan antara Adat dengan Hukum Adat

Perbedaan antara adat dan hukum adat, yaitu:

a. Menurut Ter Haar, suatu adat akan menjadi hukum adat, apabila ada keputusan dari kepala adat dan apabila tidak ada keputusan maka itu tetap merupakan tingkah laku/adat;
b. Menurut Van Vollen Hoven, suatu kebiasaan/adat akan menjadi hukum adat, apabila kebiasaan itu diberi sanksi;
c. Menurut Van Dijk, perbedaan antara hukum adat dan adat terletak pada sumber dan bentuknya. Hukum adat bersumber dari alat-alat perlengkapan masyarakat dan tidak tertulis dan ada juga yang tertulis, sedangkan adat bersumber dari masyarakat sendiri dan tidak tertulis;
d. Menurut L. Pospisil, untuk membedakan antara adat dan hukum adat, maka harus dilihat dari atribut-atribut hukumnya, yaitu:
    1) *Atribut authority*, yaitu adanya keputusan dari penguasa masyarakat dan mereka yang berpengaruh dalam masyarakat.
    2) *Intention of universal application*, bahwa putusan kepala adat mempunyai jangka waktu panjang dan harus dianggap berlaku juga dikemudian hari terhadap suatu peristiwa yang sama.
    3) *Obligation* (rumusan hak dan kewajiban), yaitu rumusan hak dan kewajiban dari kedua belah pihak yang masih hidup. Dan apabila salah satu pihak sudah meninggal dunia misal nenek moyangnya, maka hanyalah putusan yang merumuskan mengenai kewajiban saja yang bersifat keagamaan.
    4) Adanya sanksi/ imbalan. Putusan dari pihak yang berkuasa harus dikuatkan dengan sanksi/imbalan yang berupa sanksi jasmani maupun sanksi rohani berupa rasa takut, rasa malu, rasa

benci dn sebagainya.

e. Adat/kebiasaan mencakup aspek yang sangat luas, sedangkan hukum adat hanyalah sebagian kecil yang telah diputuskan untuk menjadi hukum adat.
f. Hukum adat mempunyai nilai-nilai yang dianggap sakral/suci, sedangkan adat tidak mempunyai nilai/biasa.

B. SIFAT-SIFAT UMUM HUKUM ADAT INDONESIA

1. Corak Hukum Adat Indonesia

Hukum adat kita memiliki corak-corak tertentu. Beberapa corak yang terpenting, yaitu:

a. Bercorak religius-magis.

Menurut kepercayaan tradisional Indonesia, tiap-tiap masyarakat diliputi oleh kekuatan gaib yang harus dipelihara agar masyarakat itu tetap aman, tenteram, bahagia, dan lain-lain.

Tidak ada pembatasan antara dunia lahir dan dunia gaib serta tidak ada pemisahan antara berbagai macam lapangan kehidupan, seperti kehidupan manusia, alam, arwah-arwah nenek moyang dan kehidupan makhluk-makhluk lainnya.

Adanya pemujaan-pemujaan khususnya terhadap arwah-arwah dari pada nenek moyang sebagai pelindung adat istiadat yang diperlukan bagi kebahagiaan masyarakat.

Setiap kegiatan atau perbuatan-perbuatan bersama seperti membuka tanah, membangun rumah, menanam dan peristiwa-pristiwa penting lainnya selalu diadakan upacara-upacara religius yang bertujuan agar maksud dan tujuan mendapat berkah serta tidak ada halangan dan selalu berhasil dengan baik.

Arti religius-magis adalah:

- bersifat kesatuan batin.
- ada kesatuan dunia lahir dan dunia gaib.
- ada hubungan dengan arwah-arwah nenek moyang dan makhluk-makhluk halus lainnya.
- percaya adanya kekuatan gaib.
- pemujaan terhadap arwah-arwah nenek moyang.
- setiap kegiatan selalu diadakan upacara-upacara religius.
- percaya adanya roh-roh halus, hantu-hantu yang menempati alam semesta seperti terjadi gejala-gejala alam, tumbuh-tumbuhan, binatang, batu dan lain sebagainya.
- Percaya adanya kekuatan sakti.

- Adanya beberapa pantangan-pantangan.

b. Bercorak komunal atau kemasyarakatan
   Artinya bahwa kehidupan manusia selalu dilihat dalam wujud kelompok, sebagai satu kesatuan yang utuh. Individu satu dengan yang lainnya tidak dapat hidup sendiri, manusia adalah makluk sosial, manusia selalu hidup bermasyarakatan, kepentingan bersama lebih diutamakan dari pada kepentingan perseorangan..
   Secara singkat arti dari komunal adalah:
   - Manusia terikat pada kemasyarakatan tidak bebas dari segala perbuatannya.
   - Setiap warga mempunyai hak dan kewajiban sesuai dengan kedudukannya.
   - Hak subjektif berfungsi sosial.
   - Sepentingan bersama lebih diutamakan.
   - Bersifat gotong royong.
   - Sopan santun dan sabar.
   - Sangka baik.
   - Saling hormat menghormati.

c. Bercorak demokrasi
   Bahwa segala sesuatu selalu diselesaikan dengan rasa kebersamaan, kepentingan bersama lebih diutamakan daripada kepentingan pribadi sesuai dengan asas permusyawaratan dan perwakilan sebagai sistem pemerintahan. Misalnya musyawarah di balai desa, maka setiap tindakan pamong desa berdasarkan hasil musyawarah.

d. Bercorak kontan
   Pemindahan atau peralihan hak dan kewajiban harus dilakukan pada saat yang bersamaan yaitu peristiwa penyerahan dan penerimaan harus dilakukan secara serentak, ini dimaksudkan agar menjaga keseimbangan di dalam pergaulan bermasyarakat.

e. Bercorak konkret
   Artinya adanya tanda yang kelihatan yaitu tiap-tiap perbuatan atau keinginan dalam setiap hubungan-hubungan hukum tertentu harus dinyatakan dengan benda-benda yang berwujud.

Tidak ada janji yang dibayar dengan janji, semuanya harus disertai tindakan nyata, tidak ada saling mencurigai satu dengan yang lainnya.

2. Dasar Hukum Sah Berlakunya Hukum Adat

Dalam Batang Tubuh UUD 1945, tidak satu pun pasal yang mengatur tentang hukum adat. Oleh karena itu, aturan untuk berlakunya kembali hukum adat ada pada Aturan Peralihan UUD 1945 Pasal II,

yang berbunyi:

> "Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini."

Aturan Peralihan Pasal II ini menjadi dasar hukum sah berlakunya hukum adat.

Dalam UUDS 1950 Pasal 104 disebutkan bahwa segala keputusan pengadilan harus berisi alasan-alasannya dan dalam perkara hukuman menyebut aturan undang-undang dan aturan adat yang dijadikan dasar hukuman itu. Tetapi UUDS 1950 ini pelaksanaannya belum ada, maka kembali ke Aturan Peralihan UUD 1945.

Dalam Pasal 131 ayat (2) sub b. I.S. menyebutkan bahwa bagi golongan hukum Indonesia asli dan Timur asing berlaku hukum adat mereka, tetapi bila kepentingan sosial mereka membutuhkannya, maka pembuat undang-undang dapat menentukan bagi mereka:

a. Hukum Eropa;
b. Hukum Eropa yang telah diubah;
c. Hukum bagi beberapa golongan bersama; dan
d. Hukum baru yaitu hukum yang merupakan sintese antara adat dan hukum mereka yaitu hukum Eropa.

Pasal 131 ini ditujukan pada undang-undangnya, bukan pada hakim yang menyelesaikan sengketa Eropa dan Bumiputra.

Pasal 131 ayat (6) menyebutkan bahwa bila terjadi perselisihan sebelum terjadi kodifikasi maka yang berlaku adalah hukum adat mereka, dengan syarat bila berhubungan dengan Eropa maka yang berlaku adalah hukum Eropa.

Dalam UU No. 19 Tahun 1964 Pasal 23 ayat (1) menyebutkan bahwa segala putusan pengadilan selain harus memuat dasar-dasar dan alasan-alasan putusan itu juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili. UU No. 19 Tahun 1964 ini direvisi jadi UU No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman karena dalam UU No. 19 tersebut tersirat adanya campur tangan presiden yang terlalu besar dalam kekuasaan yudikatif. Dalam Bagian Penjelasan Umum UU No. 14 Tahun 1970 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan hukum yang tidak tertulis itu adalah hukum adat.

Dalam UU No. 14 Tahun 1970 Pasal 27 (1) ditegaskan bahwa hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.

Dari uraian tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan, bahwa yang menjadi dasar berlakunya hukum adat di Indonesia yaitu:

a. Dekrit Presiden 5 Juli 1959 yang menjadi dasar berlakunya kembali UUD 1945;
b. Aturan Peralihan Pasal II UUD 1945;
c. Pasal 24 UUD 1945 tentang Kekuasaan Kehakiman;
d. Pasal 7 ayat (1) UU No. 14/Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman.

3. Sumber Hukum Adat

Sumber hukum adat yaitu:

a. Adat istiadat atau kebiasaan yang merupakan tradisi rakyat;
b. Kebudayaan tradisional rakyat;
c. Ugeran/kaidah dari kebudayaan Indonesia asli;
d. Perasaan keadilan yang hidup dalam masyarakat;
e. Pepatah adat;
f. Yurisprudensi adat;
g. Dokumen-dokumen yang hidup pada waktu itu, yang memuat ketentuan-ketentuan hukum yang hidup;
h. Kitab-kitab hukum yang pernah dikeluarkan oleh raja-raja;
i. Doktrin tentang hukum adat;
j. Hasil-hasil penelitian tentang hukum adat;
k. Nilai-nilai yang tumbuh dan berlaku dalam masyarakat.

4. Pembidangan Hukum Adat

Mengenai pembidangan hukum adat tersebut, terdapat pelbagai variasi yang berusaha untuk mengidentifikasikan kekhususan hukum adat, apabila dibandingkan dengan hukum Barat. Pembidangan tersebut biasanya dapat diketemukan pada buku-buku standar, di mana sistematika buku-buku tersebut merupakan suatu petunjuk untuk mengetahui pembidangan mana yang dianut oleh penulisnya. Van Vollen Hoven berpendapat, bahwa pembidangan hukum adat yaitu:

a. Bentuk-bentuk masyarakat hukum adat;
b. Tentang pribadi;
c. Pemerintahan dan peradilan;
d. Hukum keluarga;
e. Hukum perkawinan;
f. Hukum waris;
g. Hukum tanah;

h. Hukum utang piutang;
i. Hukum delik;
j. Sistem sanksi.

Adapun Soepomo menyajikan pembidangannya sebagai berikut:
a. Hukum keluarga;
b. Hukum perkawinan;
c. Hukum waris;
d. Hukum tanah;
e. Hukum utang piutang;
f. Hukum pelanggaran.

Ter Haar di dalam bukunya *Beginselen en stelsel van het Adat-recht*, mengemukakan pembidangannya sebagai berikut:
a. Tata masyarakat;
b. Hak-hak atas tanah;
c. Transaksi-transaksi tanah;
d. Transaksi-transaksi di mana tanah tersangkut;
e. Hukum utang piutang;
f. Lembaga/yayasan;
g. Hukum pribadi;
h. Hukum keluarga;
i. Hukum perkawinan;
j. Hukum delik;
k. Pengaruh lampau waktu.

Pembidangan hukum adat sebagaimana dikemukakan oleh para sarjana tersebut di atas, cenderung untuk diikuti oleh para ahli hukum adat pada dewasa ini. Surojo Wignjodipuro, misalnya, menyajikan pembidangan sebagai berikut:
a. Tata susunan rakyat Indonesia;
b. Hukum perseorangan;
c. Hukum kekeluargaan;
d. Hukum perkawinan;
e. Hukum harta perkawinan;
f. Hukum (adat) waris;
g. Hukum tanah;
h. Hukum utang piutang;
i. Hukum (adat) delik;

Tidak jauh berbeda dengan pembidangan tersebut di atas, adalah dari

Iman Sudiyat di dalam bukunya yang berjudul *Hukum Adat, Sketsa Asa* (1978), yang mengajukan pembidangan sebagai berikut:

a. Hukum tanah;
b. Transaksi tanah;
c. Transaksi yang bersangkutan dengan tanah;
d. Hukum perutangan;
e. Status badan pribadi;
f. Hukum kekerabatan;
g. Hukum perkawinan;
h. Hukum waris;
i. Hukum delik adat.

C. SEJARAH HUKUM ADAT DI INDONESIA

1. Sejarah Singkat

Peraturan adat istiadat kita ini, pada hakikatnya sudah terdapat pada zaman kuno, zaman pra-Hindu. Adat istiadat yang hidup dalam masyarakat pra-Hindu tersebut menurut ahli-ahli hukum adat adalah merupakan adat-adat Melayu Polinesia. Kemudian datang kultur Hindu, kultur Islam, dan kultur Kristen yang masing-masing memengaruhi kultur asli tersebut yang sejak lama menguasai tata kehidupan masyarakat Indonesia sebagai suatu hukum adat. Sehingga hukum adat yang kini hidup pada rakyat itu adalah hasil akulturasi antara peraturan-peraturan adat istiadat zaman pra-Hindu dan peraturan-peraturan hidup yang dibawa oleh kultur Hindu, kultur Islam dan kultur Kristen.

Setelah terjadi akulturasi itu, maka hukum adat atau hukum pribumi atau *inladsrecht* menurut Van Vaollen Hoven terdiri dari yang tidak ditulis (*jus non scriptum*) seperti hukum asli penduduk dan yang ditulis (*jus scriptum*) seperti ketentuan hukum agama.

2. Bukti Adanya Hukum Adat Indonesia

Bukti-bukti bahwa dahulu sebelum bangsa asing masuk ke Indonesia sudah ada hukum adat, sebagai berikut:

a. Tahun 1000: pada zaman Hindu, Raja Dharmawangsa dari Jawa Timur dengan kitabnya yang disebut *Civacasana*;
b. 1331-1364: Patih Majapahit Gajah Mada membuat kitab *Gajah Mada*;
c. 1413-1430: Patih Majapahit Kanaka membuat kitab *Adigama*;
d. 1350: di Bali ditemukan kitab hukum *Kutaramanava*.

Di samping kitab-kitab hukum kuno tersebut yang mengatur kehidupan di lingkungan istana, ada juga kitab-kitab yang mengatur kehidupan masyarakat, sebagai berikut:

a. Di Tapanuli: *Ruhut Parsaoran di Habatohan* (kehidupan sosial di tanah Batak), *Patik Dohot Uhum ni Halak Batak* (undang-undang dan ketentuan-ketentuan Batak);
b. Di Jambi: *Undang-Undang Jambi*;
c. Di Palembang: *Undang-Undang Simbur Cahaya* (undang-undang tentang tanah di dataran tinggi daerah Palembang);
d. Di Minangkabau: *Undang-Undang nan dua puluh* (undang-undang tentang hukum adat delik di Minangkabau);
e. Di Sulawesi Selatan: *Amana Gapa* (peraturan tentang pelayaran dan pengangkatan laut bagi orang Wajo);
f. Di Bali: *Awig-awig* (peraturan subak dan desa) dan *Agama Desa* (peraturan desa) yang ditulis di dalam daun lontar.

Sebelum datang VOC belum ada penelitian tentang hukum adat, dan semasa VOC karena ada kepentingan atas negara jajahannya (menggunakan *politik opportunity*), maka Heren 17 (pejabat di negeri Belanda yang mengurus negara-negara jajahan Belanda) mengeluarkan perintah kepada jenderal yang memimpin daerah jajahannya masing-masing untuk menerapkan hukum Belanda di negara jajahan (Indonesia) tepatnya pada 1 Maret 1621 dan baru dilaksanakan pada 1625, yaitu pada pemerintahan DeCarventer yang sebelumnya mengadakan penelitian dulu dan akhirnya sampai pada suatu kesimpulan bahwa di Indonesia masih ada hukum adat yang hidup.

Oleh karena itu, Carventer memberikan tambahan bahwa hukum itu disesuaikan sehingga perlu empat kodifikasi hukum adat, yaitu:

a. Tahun 1750, untuk keperluan *lanrad* (pengadilan) di Serang dengan kitab hukum *Mogharrar* yang mengatur khusus pidana adat (menurut Van Vollen Hoven kitab tersebut berasal dari hukum adat);
b. Tahun 1759, Van Clost Wijck mengeluarkan kitab *Compedium* (pegangan/ikhtisar) yang terkenal dengan *Compedium Van Clost Wijck* mengenai undang-undang bumiputra di lingkungan kerator Bone dan Goa;
c. *Compendium Freizer*, tentang peraturan hukum Islam mengenai nikah, talak, dan warisan;
d. Hasselaer, beliau berhasil mengumpulkan buku-buku hukum untuk para hakim di Cirebon yang terkenal dengan *Papakem Cirebon*.

Pencatatan hukum adat oleh orang luar negeri di antaranya:

a. Robert Padtbrugge (1679), ia seorang gubernur Ternate yang mengeluarkan peraturan tentang adat istiadat Minahasa.
b. Francois Valetijn (1666-1727) yang menerbitkan suatu ensiklopedia tentang kesulitan-kesulitan hukum bagi masyarakat.

Periodesasi hukum adat pada masa penjajahan Belanda terbagi dalam:

a. Zaman Daendels (1808-1811)
   Beranggapan bahwa memang ada hukum yang hidup dalam masyarakat adat tetapi derajatnya lebih rendah dari hukum eropa, jadi tidak akan memengaruhi apa-apa sehingga hukum eropa tidak akan mengalami perubahan karenanya.
b. Zaman Raffles (1811-1816)
   Pada zaman ini Gubernur Jenderal dari Inggris membentuk Komisi Mackenzie atau suatu panitia yang tugasnya mengkaji/meneliti peraturan-peraturan yang ada di masyarakat, untuk mengadakan perubahan-perubahan yang pasti dalam membentuk pemerintahan yang dipimpinnya. Setelah terkumpul hasil penelitian komisi ini yaitu pada 11 Februari 1814 dibuat peraturan, yaitu *regulation for the more effectual administration of justice in the provincial court of Java* yang isinya:
   1) Residen menjabat sekaligus sebagai kepala hakim
   2) Susunan pengadilan terdiri dari:
      - *Residen's court*
      - *Bupati's court*
      - *Division court*
   3) Ada juga *circuit of court* atau pengadilan keliling.
   4) Yang berlaku adalah *native law* dan *unchain costum* untuk *bupati's court* dan untuk residen (orang Inggris) memakai hukum Inggris.
c. Zaman Komisi Jenderal (1816-1819)
   Pada zaman ini tidak ada perubahan dalam perkembangan hukum adat dan tidak merusak tatanan yang sudah ada.
d. Zaman Van der Capellen (1824)
   Pada zaman ini tidak ada perhatian hukum adat bahkan merusak tatanan yang sudah ada.
e. Zaman Du Bush
   Pada zaman ini sudah ada sedikit perhatian pada hukum adat, yang utama dalam hukum adat ialah hukum Indonesia asli.
f. Zaman Van den Bosch

Pada zaman ini dikatakan bahwa hukum waris itu dilakukan menurut hukum Islam serta hak atas tanah adalah campuran antara peraturan Bramein dan Islam.

g. Zaman Chr. Baud.

Pada zaman ini sudah banyak perhatian pada hukum adat, misalnya tentang melindungi hak ulayat. Pada 1918 putra-putra Indonesia membuat disertasi mengenai hukum adat di balai perguruan tinggi di Belanda, antara lain:

1) Kusumaatmadja tahun 1922 yang menulis tentang wakaf;
2) Soebroto tahun 1925 yang menulis tentang *sawah vervavding* (gadai sawah);
3) Endabumi tahun 1925 yang menulis tentang *Bataks grondenrecht* (hukum tanah suku Batak);
4) Soepomo tahun 1927 yang menulis tentang *Vorstenlands grondenrecht* (hak tanah di kerajaan-kerajaan).

Adapun penyelidikan tentang hukum adat di Indonesia dilakukan oleh:

1) Djojdioeno/Tirtawinata yang menulis tentang *Hukum Adat Privat Jawa Tengah*;
2) Soepomo yang menulis tentang *Hukum Adat Jawa Barat*;
3) Hazairin yang membuat disertasinya tentang *Redjang*.

3. Sejarah Politik Hukum Adat

Hukum adat menjadi masalah politik hukum pada saat pemerintah Hindia-Belanda akan memberlakukan hukum eropa atau hukum yang berlaku di Belanda menjadi hukum positif di Hindia-Belanda (Indonesia) melalui asas konkordansi.

Mengenai hukum adat timbullah masalah bagi pemerintah kolonial, sampai di mana hukum ini dapat digunakan bagi tujuan-tujuan Belanda serta kepentingan-kepentingan ekonominya, dan sampai di mana hukum adat itu dapat dimasukkan dalam rangka politik Belanda. Kepentingan atau kehendak bangsa Indonesia tidak masuk perhitungan pemerintah kolonial.

Apabila diikuti secara kronologis usaha-usaha baik pemerintah Belanda di negerinya sendiri maupun pemerintah kolonial yang ada di Indonesia ini, maka secara ringkasnya undang-undang yang bertujuan menetapkan nasib ataupun kedudukan hukum adat seterusnya di dalam sistem perundang-undangan di Indonesia, sebagai berikut:

a. Mr. Wichers, Presiden Mahkamah Agung, ditugaskan untuk menye-

lidiki apakah hukum adat privat itu tidak dapat diganti dengan hukum kodifikasi Barat. Rencana kodifikasi Wichers gagal.

b. Sekitar 1870, Menteri Jajahan Belanda Van der Putte mengusulkan penggunaan hukum tanah Eropa bagi penduduk desa di Indonesia untuk kepentingan agraris pengusaha Belanda. Usaha ini pun gagal.
c. Pada 1900, Cremer, Menteri Jajahan, menghendaki diadakan kodifikasi lokal untuk sebagian hukum adat dengan mendahulukan daerah-daerah yang penduduknya telah memeluk agama Kristen. Usaha ini belum terlaksana.
d. Kabinet Kuyper pada 1904 mengusulkan suatu rencana undang-undang untuk menggantikan hukum adat dengan hukum eropa. Pemerintah Belanda menghendaki supaya seluruh penduduk asli tunduk pada unifikasi hukum secara Barat. Usaha ini gagal, sebab Parlemen Belanda menerima suatu amendemen yakni amandemen *Van Idsinga*.
e. Pada 1914 Pemerintah Belanda dengan tidak menghiraukan amendemen *Idsinga*, mengumumkan rencana KUH Perdata bagi seluruh golongan penduduk di Indonesia. Ditentang oleh Van Vollen Hoven dan usaha ini gagal.
f. Pada 1923 Mr. Cowan, Direktur Departemen Justitie di Jakarta membuat rencana baru KUH Perdata dalam tahun 1920, yang diumumkan Pemerintah Belanda sebagai rencana unifikasi dalam tahun 1923. Usaha ini gagal karena kritikan Van Vollen Hoven. Pengganti Cowan, yaitu Mr. Rutgers memberitahu bahwa meneruskan pelaksanaan kitab undang-undang kesatuan itu tidak mungkin.
g. Dan dalam tahun 1927 Pemerintahan Hindia-Belanda mengubah haluannya, menolak penyatuan hukum (unifikasi). Sejak 1927 itu politik Pemerintah Hindia-Belanda terhadap hukum adat mulai berganti haluan, yaitu dari "unifikasi" beralih ke "kodifikasi".

4. Faktor-faktor yang Memengaruhi Perkembangan Hukum Adat

Banyak faktor yang memengaruhi perkembangan hukum adat, di samping kemajuan zaman, ilmu pengetahuan dan teknologi, kondisi alam, juga faktor-faktor yang bersifat tradisional.

a. Magis dan Animisme

Alam pikiran magis dan animisme pada dasarnya dialami oleh setiap bangsa di dunia. Di Indonesia faktor magis dan animisme cukup besar pengaruhnya. Hal ini bisa dilihat dalam upacara-upacara adat yang

bersumber pada kekuasaan serta kekuatan gaib.

1) Kepercayaan kepada makhluk halus, roh, dan hantu yang menempati seluruh alam semesta dan juga gejala-gejala alam, semua benda yang ada di alam bernyawa;
2) Kepercayaan terhadap kekuatan sakti dan adanya roh-roh yang baik dan yang jahat;
3) Adanya orang-orang tertentu yang dapat berhubungan dengan dunia gaib dan atau sakti;
4) Takut adanya hukuman/pembalasan oleh kekuatan gaib. Hal ini dapat dilihat adanya kebiasaan mengadakan siaran-siaran, sesajen di tempat-tempat yang dianggap keramat.

Animisme yaitu percaya bahwa segala sesuatu dalam alam semesta ini bernyawa. Animisme ada dua macam, yaitu:

1) Fetisisme, yaitu memuja jiwa-jiwa yang ada pada alam semesta, yang mempunyai kemampuan jauh lebih besar dari pada kemampuan manusia, seperti halilintar, taufan, matahari, samudra, tanah, pohon besar, gua dan lain-lain;
2) Spiritisme, yaitu memuja roh-roh leluhur dan roh-roh lainnya yang baik dan yang jahat.

b. Faktor Agama

Masuknya agama-agama di Indonesia cukup banyak memberikan pengaruh terhadap perkembangan hukum adat, misalnya:

1) Agama Hindu
   Pada abad ke 8 masuknya orang India ke Indonesia dengan membawa agamanya, pengaruhnya dapat dilihat di Bali. Hukum-hukum Hindu berpengaruh pada bidang pemerintahan Raja dan pembagian kasta-kasta.
2) Agama Islam
   Pada abad ke 14 dan awal abad 15 oleh pedagang-pedagang dari Malaka, Iran. Pengaruh agama Islam terlihat dalam hukum perkawinan yaitu dalam cara melangsungkan dan memutuskan perkawinan dan juga dalam bidang wakaf. Pengaruh hukum perkawinan Islam di dalam hukum adat di beberapa daerah di Indonesia tidak sama kuatnya misalnya daerah Jawa dan Madura, Aceh pengaruh Agama Islam sangat kuat, namun beberapa daerah tertentu walaupun sudah diadakan menurut hukum perkawinan Islam, tetapi tetap dilakukan upacara-upacara perkawinan menurut hukum adat, misal di Lampung, Tapanuli.

3) Agama Kristen
Agama Kristen dibawa oleh pedagang-pedagang Barat. Aturan-aturan hukum Kristen di Indonesia cukup memberikan pengaruh pada hukum keluarga, hukum perkawinan. Agama Kristen juga telah memberikan pengaruh besar dalam bidang sosial khususnya dalam bidang pendidikan dan kesehatan, dengan didirikannya beberapa lembaga Pendidikan dan rumah-rumah sakit.

c. Faktor Kekuasaan yang Lebih Tinggi

Kekuasaan yang lebih tinggi yang dimaksud adalah kekuasaan raja, kepala kuria, nagari, dan lain-lain. Tidak semua raja yang pernah bertahta di negeri ini baik, ada juga raja yang bertindak sewenang-wenang bahkan tidak jarang terjadi keluarga dan lingkungan kerajaan ikut serta dalam menentukan kebijaksanaan kerajaan misalnya penggantian kepala-kepala adat banyak diganti oleh orang-orang yang dengan kerajaan tanpa menghiraukan adat istiadat bahkan menginjak-injak hukum adat yang ada dan berlaku di dalam masyarakat tersebut.

d. Adanya Kekuasaan Asing

Yaitu kekuasaan penjajahan Belanda, di mana orang-orang Belanda dengan alam pikiran baratnya yang individualisme. Hal ini jelas bertentangan dengan alam pikiran adat yang bersifat kebersamaan.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

Adji, Indriyanto Seno, *Korupsi: Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Jakarta: CV. Diadit Media, 2005.

Afandi, Ali, *Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian Menurut KUH Perdata,* Jakarta: Bina Aksara.

Afandi, Ali, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian*, Jakarta:PT RINEKACIPTA, 1997.

Agustino, Leo, “”Pemilihan Presiden Secara Langsung untuk Indonesia”, dalam Analisis CSIS, *Di Ambang Krisis Konstitusi?*, Jakarta, Tahun 2002 No. 2.

Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum* (*Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*), Cet. II, Jakarta: PT Gunung Agung, 2002.

Ali, Chidir, *Badan Hukum*, Bandung: 1987.

Abdurrahman, S.H., 1984, *Hukum Adat Menurut Perundang-undangan Republik Indonesia*, Jakarta, Cendana Press

Arthur, Schiller A dan E Adamson Hoebel, 1962, *Adat Law in Indonesia*, Jakarta, Bhratara.

Arief, Barda Nawawi dan Muladi, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni,1984.

Arief, Barda Nawawi, *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fak. Hukum UNDIP, Semarang: 1999.

Arinanto, Satyo, “Pemilihan Presiden Secara Langsung: Beberapa Catatan,” dalam Analisis CSIS, *Isu-isu Strategis Internasional dan Domestik*, Jakarta, Tahun 1997, No. 2.

Aristoteles, *La Politica*, diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris oleh Ben-

jamin Jowett dan diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, *Politik*, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008.

Asshiddiqie, Jimly, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah* (*telaah perbandingan konstitusi berbagai negara*), Cet.1, Jakarta: UI-PRESS, 1996.

_____, *Hubungan Antar Lembaga Negara Pasca perubahan UUD 1945*, Bahan ceramah pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpim) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara. Jakarta: 2008.

_____, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

_____, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia, Makalah, Bahan disampaikan pada *Lecture* Peringatan 10 Tahun Kontras. Jakarta: 26 Maret 2008.

_____, *Konstitusi dan Hukum Tata Negara Adat*, Makalah, Disampaikan sebagai bahan Keynote Speech pada Seminar Nasional tentang Konstitusi Kesultanan-Kesultanan Islam di Jawa Barat dan Banten. UIN Gunung Djati, Bandung: 5 April 2008.

_____, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI-PSH-TN, 2004.

_____, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: Penerbit Kompas, 2010.

_____, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis.* Jakarta, PT Bhuana Ilmu Populer. (Selanjutnya: Jimly III) 2009. Disadur dari George N. Sabine, A *History A Political Theory*. Third Edition, (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto London; Holt, Rinehart and Winston, 1961).

_____, Orasi Ilmiah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47, Jember: Senin, 14 November, 2011.

_____, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009.

_____, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid I, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.

_____, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid II, Setjen dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. (Selanjutnya Jimly II). Jakarta: 2006.

_____, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi, Setjen dan Kepaniteraan MKRI*, Cetakan Kedua, Jakarta: 2006.

_____, *Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945*, Makalah Disampaikan dalam Simposium yang dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, 2003.

Astuti, Fuji, Dkk. *Hukum Tata Pemerintahan*, Jakarta: Pusat Penerbitan Universitas Terbuka, 2004.

Atmosudirdjo,Pradjudi, *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia In-

donesia. 1988.

Audah, Abdul Qadir. *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, 5 jilid, alih bahasa Ahsin Sakho Muhammad, dkk., ed. Ahsin Sakho Muhammad, dkk., Jilid II, Jakarta: PT Kharisma Ilmu, 2008.

Azhary, Muhammad Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: PrenadaMedia, 2004.

Azhary, Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, cet. kedua, Jakarta: Kencana, 2004.

Bammelen, Mr. J.M. Van Hukum Pidana I, Bandung: Bina Cipta, 1987.

Bogdan, Michael, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum* (Penerjemah: Derta Sri Widowatie), Bandung: Nusa Media, 2010.

Budiarjo, Miriam, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1992.

Budiarjo, Miriam, *Hak Asasi Manusia Dalam Dimensi Global*, Jurnal Ilmu Politik, Jakarta: No. 10, 1990.

Busroh, Abu Daud Busroh dan Abu Bakar, *Asas-asas Hukum Tata Negara*, Ghalia Indonesia, 1991.

Chazawi, Adami, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Bandung: Alumni, 2008.

_____, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 3*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2002.

Darus, Mariam dan Badrulzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, Bandung: Alumni, 2010.

Departemen Keuangan Republik Indonesia, *Badan Pendidikan dan Pelatihan Keuangan*, 2009.

Dicey, A.V, *Introduction to the study of the law of the constitution*, (Mc Milan and CO.,Limited St. Martin's Street, London, 1952). Diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Nurhadi, *Pengantar Studi Hukum Konstitusi*, Bandung: Nusa media, 2008.

Dirdjosisworo, Soedjono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2010.

Djamali, R.Abdoel, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006.

Djazuli, *Fiqh Jinayah* (*Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*), Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1997.

Efendi, Sofyan acara Dies Natalis ke 18 Universitas Wangsa Manggala, Yogyakarta, pada 9 Oktober 2004 dengan tema *Revitalisasi Nilai Luhur Budaya Bangsa Sebagai Landasan Jati diri Bangsa Indonesia*".

Fahmal, Muin, *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Me-*

wujudkan Pemerintahan yang Bersih, Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2008.

Faiz, Pan M., Menabur Benih Constitutional complaint, http://www.theceli.com. diakses pada 20 Februari 2014.

Farid, Zainal Abidin, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika: Jakarta, 2007.

Fasyah, Kemal dan Toni Andrianus Pito, Efrisa, *Mengenal Teori-teori Politik-Dari Sistem Politik sampai Korupsi*, Cet.I; Bandung: Penerbit Nuansa, 2006.

Fatah, Eep Saefulloh, *Masalah dan Prospek Demokrasi di Indonesia*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.

_____, *Zaman Kesempatan* : *Agenda-agenda Besar Demokratisasi Pasca-Orde Baru*, Bandung: Mizan, 2000.

Fauzan, M dan Ahmad Kamil, *Kaidah-kaidah Yurisprudensi*, Jakarta: PrenadaMedia, 2004.

_____, *Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Mahkamah Agung, 1995.

Friedman, M. Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1975, Diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia oleh M. Khazim, *Sistem Hukum-Perspektif Ilmu Sosial,* Bandung: Nusa Media, 2009.

Fuady, Munir, *Perbuatan Melawan Hukum*: *Pendekatan Kontemporer*, Bandung: Citra Adiya Bakti, 2005.

Garner, Bryan A, Black's Law Dictionary, Eight Edition,West Publishing Co, St. Paul Minn, 2004.

Hadikusuma, Hilman, Prof., S.H., 1992, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Bandung, Mandar Maju.

Hartono, Sumarjati,Dr.,S.H., 1989, *Dari Hukum Antar Golongan ke Hukum Antar Adat*, Bandung, Citra Aditya Bakti.

Halim, A. Ridwan, *Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab*, Cetakan Kedua, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985.

Hamzah, Andi, *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 1994.

Hanafi, Ahmad, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1990.

Harahap M. Yahya, *Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005.

Harahap, Krisna, *Hukum Acara Perdata*, Bandung: Penerbit Grafitri, 2003

Harrop, Martin, dan Rod hague, *Comperative Government and Politics an introduction*, 5 ed, New York: Palgrave, 2001.

Hart, H.L.A. The Concept of Law, Clarendo Press-Oxford: New York, 1197, diterjemahkan oleh M. Khozim, Konsep Hukum, Bandung: Nusa Media, 2009.

Hasbullah, Frieda Husni, *Hukum Kebendaan Perdata: Hak-hak yang Mem-*

beri Kenikmatan. Ind-Hil-Co. 2005.

H.R., Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2002.

H.S., Salim, Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW), Jakarta: Sinar Grafika, 2003.

Huda, Chairul, "*Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan'*", Jakarta: Prenada-Media, 2006.

Husaini, S. Ahmed Waqar *Islamic Enviromental System Engineering*, diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin, *Sistem Pembinaan Masyarakat Islam*, Bandung: Pustaka Salman ITB, 1983.

Husak, Douglas, *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Ibrahim, Harmaily dan Moh. Kusnardi, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Cet. VII; Jakarta: PT Budi Chaniago, 1988.

Imaniyati, Neni Sri, *Hukum Bisnis: Telaah tentang Pelaku dan Kegiatan Ekonomi*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009.

Iskandar, Pranoto dan Jawahir Thontowi, *Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: PT Refika Aditama, 2006.

Isnaeni, Moch. 1996, *Hipotek Pesawat Udara di Indonesia*, Surabaya: Dharma Muda.

Istanto, Sugeng, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010

Iver, Mac, *The Modern State*, Oxford University Press, t.t. diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia Oleh Moertono, *Negara Modern*, Jakarta: Bina Aksara, 1988.

Jamal, Adnan, *Konfigurasi Politik dan Hukum Institusionalisasi Judial Review di Indonesia*, Makassar: Pustaka Refleksi, 2009.

Jan, Rammelink, *Hukum Pidana* : *Komentar Atas Pasal-Pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama: 2003.

Jonkers, J.E., Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht),terj. Tim Penerjemah Bina Aksara, "*Hukum Pidana Hindia-Belanda*", Jakarta: PT Bina Aksara, 1987.

Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 2001.

Kamus Hukum, Citra Umbara, Bandung, 2008.

Kansil, CST, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kedelapan, Jakarta: Balai Pustaka, 1989.

Kant, Immanual, *first and second principle* dalam Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Services, Selangor: 2005.

Karakamisheva, Tanja, *Constitutional Complaint- Procedural and Legal In-*

strument for Development of the Constitutional Justice (Case Study – Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia).

Kartanegara, Satochid. *Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah*, Balai Lektur Mahasiswa, Tanpa Tahun.

Kartohadiprodjo, Soediman, *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Jakarta: PT Pembangunan, 1986.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State,* New York: Russell & Russell, 1961.

Komariah, *Hukum Perdata*, Malang: UMM Press, 2002.

Kurnia, Mahendra Putra, *Hukum Kewilayahan Indonesia*, *Harmonisasi Hukum Pengembangan Kawasan Perbatasan NKRI Berbasis Teknologi Geospasial*, Malang: UB Press, 2011.

Kusniati, Retno, *Sejarah Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia dalam Kaitannya dengan Konsepsi Negara Hukum*, Makalah disampaikan pada Bimbingan Teknis HAM Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan HAM Jambi di Hotel Ceria Jambi tanggal 24 Mei 2011.

Kusumaatmadja, Mochtar*, Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjajaran; Bandung: diedarkan oleh Penerbit Bina Cipta, 1986.

Kusumaatmadja, Mohtar, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Alumni, 1999.

L.Panggabean, S.R. Sianturi dan Mompang, *Hukum Penitensia di Indonesia*, Jakarta: Alumni AHAEMPETEHAEM, 1996.

Lamintang, P.A.F. *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar Baru, 1984.

Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sumur Batu, 1983.

_____, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997.

Lestari, Maria Maya, *Penyelesaian Sengketa Pemilu Legislatif Berdasarkan Jenis Pelanggarannya*, dalam Jurnal Konstitusi Universitas Riau, Vol 2, No. 01, 2008.

Lijphart, Arend, *Parliamentary versus Presidensial Goverment*; diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Ibrahim R.dkk., *Sistem Pemerintahan Parlementer dan Presidensial*, Cet. 1, Ed.1; Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 1995.

Machmudin, Dudu Duswara, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bandung: Refika Aditama, 2010.

Manan, Bagir, *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia*

di Indonesia, Bandung: Alumni, 2001.

Marpaung, Laden, *Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana*, Cet.II; Jakarta: Sinar Grafika, 2005.

Marzuki, Muh. Laica *Otonomi Daerah dan Implikasinya Bagi Peradilan Tata Usaha Negara, Dalam Jurnal Meritokrasi*, Vol. 1. No. 1.

Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana, 2009.

Mas'udi, Masdar Farid, *Syara UUD 1945 Perspektif Islam*, Tanggerang Selatan: Pustaka Alvabet, 2013.

Mauna, Boer, *Hukum Internasional Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam era Dinamika Global*, Bandung: Alumni, 2000.

Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum; Suatu Pengantar,* Yogyakarta: *Liberty*, 2005.

_____, *Penemuan Hukum; Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2007.

Mochamad Munir, 1998, *Penegakan Hukum Dalam Masyarakat*, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, dalam buku berjudul Menuntaskan Agenda Reformasi; Dinamika Pembangunan Hukum di Indonesia, Setara Press dan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang: 2008.

Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*: Edisi Revisi, Jakarta: Rineka Cipta, 2008.

Moeljatno, *Delik-delik Percobaan, Delik-delik Penyertaan*, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985.

Moeljatno, KUHP, Jakarta: PT Bumi Aksara, 2003,

Mubarak, Jaih, *Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah*, Bandung: Bani Quraisy, 2004.

Muchsin, *Ikhtisar Hukum Indonesia*, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005.

Muhtaj, El Majda, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Jakarta: PrenadaMedia, 2005.

Muslich, Ahmad Wardi, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayah,* Jakarta: Sinar Grafika, 2004.

Mustofa, Bachsan, *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.

Na'a, Suprin dan I Gede Pantja Astawa, *Memahami Ilmu Negara dan Teori Negara*, Bandung: Refika Aditama, 2009.

Napitupulu, Paimin, Peran *dan Pertanggungjawaban DPR Kajian di DPRD Propinsi DKI Jakarta*, Bandung: PT Alumni, 2005.

Nasution, Bahder Johan, *Pemahaman Konseptual tentang Hukum Administrasi Negara dalam Konteks Ilmu hukum*, Jurnal Demokrasi Vol. VI, No. 1, Th. 2007.

Oeripkartawinata Iskandar dan Retnowulan Sutantio, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktik*, Bandung: Penerbit Alumni, 1983.

Oxford Learner's Pocket Dictionary; New Edition Oxford University Press, 2003.

Partehiana, Wayan, *Pengantar Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: Mandar Maju, 2003

Poernomo, Bambang, *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.

Pramono, Sidik, *et.al., Penanganan Sengketa Pemilu*. Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan, Jakarta: 2011.

Prodjodikoro, Wirjono, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia, Jakarta: Penerbit P.T. Eresco, 1981.

_____, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2003.

_____, *Azas-azas Hukum Tata Negara di Indonesia*, Jakarta: Dian Rakyat, 1989.

Profesor Smilko Sokol, Ph.D., Professor Branko Smerdel Ph.D., "*Constitutional Law*", Informator, Zagreb, 1998.

Pudjosewojo, Kusumadi, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, cet. ke-10, Jakarta: Sinar Grafika, 2004.

Purbacaraka, Purnadi, *Sendi-sendi Hukum Perdata Internasional* (*suatu orientasi*), Edisi I, Jakarta: CV Rajawali, 1983.

Purbopranoto, Kuntjoro, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: 1985.

Putra, I.B.Wyasa dan Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung: Mandar Maju, 2003.

Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung: Angkasa, 1994.

Rido, Ali, *Badan Hukum Dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*, Bandung: Alumni, 2004.

Saleh, K.Wantjik, *Pelengkap KUH Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985.

Saleh, Roeslan, *Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, 1983.

Salim H.S., dalam Sri Soedewi Masjchoen, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis* (*BW*), Jakarta: Sinar Grafika, Cetakan kelima, 2008.

Samidjo. *Ilmu Negara,* Bandung: Armico. 1986

Schmid, Von, *Grote Dankers Over Staat en Recht*. Diterjemahkan oleh R. Wiratno, *et al.,* dengan judul *Ahli-ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, Pembangunan: Jakarta: 1988,

Scholten, Asser, "Algemeen Deel", cetakan kedua, 1934, dalam J.H.A. Logemann, Over de Theorie van Eeen Stellig Staatsrecht (1948), diterjemahkan menjadi *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif*, Jakarta: Ichtiar Baru-Van Hoeven, 1975.

Sekretariat Negara R.I., *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-usaha Ke-*

merdekaan (*BPUPK*) *dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei–22 Agustus 1945*. Jakarta: Sekretariat Negara R.I., 1998.

Simanjuntak, P.N.H. *Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia*, Jakarta: Djambatan, 2009.

Smith K, Rhona *et al.*, *Hukum HAM*, Yogyakarta: Pusham UII, 2009.

Sodik, Achmad dan Juniarso Ridwan, *Tokoh-tokoh Ahli Pikir Tentang Negara dan Hukum; dari Zaman Yunani Kuno Sampai Abad ke-20*, Cet. Pertama, Bandung: Nuansa, 2010.

Sodiki, Achmad dalam Chad Vickery, ed., *Pedoman Untuk Memahami, Menangani, dan Menyelesaikan Sengketa Pemilu*, diterjemahkan oleh Ay San Harjono (Washington: IFES, 2006).

Soehino, *Ilmu Negar*a, Cet. III; Yogyakarta: Penerbit Liberty Yogyakarta, 2000.

Soekanto, Soerjono, *Faktor-faktor yang Memengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007.

_____, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Jakarta: Bhratara, 1973.

Soemantri, Sri, *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia*, Jakarta: Sinar harapan, 1993.

_____, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi,* Bandung: Alumni, 1987.

Soesilo, R. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Bogor: Politeia, 1996.

Soetami, Siti, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2001.

Soetoprawito, Koerniatmanto, *Konstitusi: Pengertian dan Perkembangannya*, Pro Justitia, No. 2, Tahun V, Mei 1987.

Sofran, Sri Soedewi masjhoen, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Bina Cipta, 1987.

Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen, *Hukum Benda*, Yogyakarta: Liberty. 1981.

Starke, J.G., *Pengantar Hukum Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

Stiftung, Friendrich Naumann bekerja sama dengan PAKARTI, CETRO (Center for Electoral Reform), *Apa dan Bagaimana Pemilu 2004 Panduan Untuk Pemilih Kritis*,YAPIKA.

Strong, C.F, *Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*, The English Book Society and Sidwigck & Jackson Limited London 1966, diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesi oleh SPA Teamwork, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk-bentuk Konstitusi di Dunia*, Bandung: Nusa Media, 2008.

Subekti, “Hukum Perjanjian”, Cet Ke XL, PT Interraasa, 1980.
_____, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa,1995.
_____, *Hukum Keluarga dan Hukum Waris*, Jakarta: PT Intermasa,1990.R.
_____, *Hukum Pembuktian*, Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2007.
_____, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa. 2003
Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1981.
Sulistyo, Hermawan, *Pembantaian Massal yang Terlupakan*, 2000.
Supardjaja, Komariah Emong, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Alumni, 2002.
Suparni, Niniek, *Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Jakarta: Sinar Grafika, 1996.
Syahrani, Riduan, *Seluk-Beluk dan Asas-asas Hukum Perdata,* Bandung: Alumni, 1985.
_____, *Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004.
Syahrizal, Ahmad dan Jimly Asshiddiqie, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.
Syamsuddin, Rahman, dkk., *Merajut Hukum Indonesia*, Jakarta: Mitra Wacana Media, 2014.
Syamsuddin, Rahman, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Mitra Wacana Media, 2014.
Tas, H. Van der dan M.E. Tair, *Kamus Bahasa Belanda, Indonesia-Belanda*, Jakarta: Timun Mas, 1957.
Thaib, Dahlan dkk., *Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi*, cet. kelima, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005.
Thaib, Dahlan, *Implementasi Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945*, Yogyakarta: Liberty, 1993.
Thompson, Brian, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, edisi ke-3, London: Blackstone Press ltd., 1997.
Thontowi Jawahir, Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontemporer*, Jakarta: Refika Aditama, 2009.
Tim Redaksi Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta, 2008.
Tirtaamidjaja, *Pokok-pokok Hukum Pidana*, Jakarta: Fasco, 1955.
Triwahyuningsih, *Pemilihan Presiden Langsung Dalam Kerangka Negara Demokrasi Indonesia*, Yogyakarta: Tiara Wacana Yogya, 2001.
Tutik, Titik Triwulan, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, Jakarta: PrenadaMedia Group, 2008.
_____, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional,* Jakarta: Kencana.

_____, *Pengantar Hukum Perdata di Indonesia*, Jakarta: Prestasi Pustakan, 2006.

Undang-Undang No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4429).

Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4250).

Undang-Undang No. 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 139, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4252).

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3889).

Undang-Undang NO. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3817), Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilu dan telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu.

Usanti, P., Trisadini *et al., Buku Ajar Hukum Perdata*, Surabaya: FH Universitas Airlangga. 2012.

Usman, Rachamadi, *Hukum Kebendaan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

Utrecht, E., *Hukum Pidana II*, Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1987.

_____, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Jakarta: Ichtiar. 1962.

Weissbrodt, David, *Hak-hak Asasi: Tinjauan dari Perspektif Sejarah, dalam Peter Davies, Hak Asasi Manusia: Sebuah Bunga Rampai*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1994.

Wheare, K.C., *Modern Constitutions*, Oxford University Pres, 1996. Diterjemahkan Oleh Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003.

Zainuddin Ali, 2008. *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*. Penerbit Sinar Grafika: Jakarta.

Zoelva, Hamdan, *Pemakzulan Presiden di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

WEBSITE

http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 September 2013.

http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 September 2013.

http://docs.perpustakaan-elsam.or.id/ruu_kuhp/.Diakses 19 Februari 2014.

http://en.wikipedia.org/wiki/Raison_d%27%C3%AAtre pada hari Sabtu 24 September 2011 Pukul 23.19 WITA.

http://icnie.org/2009/05/ombudsman/hari Minggu 27 November 2011 jam 19.18 Wita).

http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_internasional, diakses pada 14 September 2013.

http://id.wikipedia.org/wiki/Ombudsman (diakses pada hari Minggu 27 November 2011 jam 19.20 Wita)

http://www.artikata.com/arti-127854-ombudsman.html hari Minggu 27 November 2011 jam 19.17 Wita).

http://www.cetro.or.id/mpr/sistempemilu.pdf, diunduh jam 20.25 WIB, 17 Februari 2014.

http://www.cetro.or.id/pustaka/pp14.html, "Sistem Pemilu," diunduh jam 17.45 WIB, 18 Februari 2014.

http://www.elsam.or.id/article.php., diakses pada 23 Februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf,, "Sistem Pemilu", diunduh jam 20.25 WIB, 17 Februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf, "Sistem Pemilu", diunduh jam 17.55 WIB, 18 Februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publications/system_pemilu.,pdf, "Sistem Pemilu", diunduh jam 13.45 WIB, 17 Februari 2014

http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf., di akses 5 Februari 2014.

TENTANG PENULIS

Dr. Rahman Syamsuddin, S.H., M.H. dilahirkan di Kota Palopo, 7 Desember 1982. Pendidikan tinginya dimulai dari Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin (2000) S-2 Ilmu Hukum di Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin. Tahun 2013 Penulis melanjutkan S-3 pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Sejak mahasiswa aktif dilembaga kemahasiswaan sebagai Direktur Asean Law Students Association (ALSA) Lc Unhas, penerima beasiswa PPA serta aktif pada ekstra kampus.

Memulai karier sebagai dosen tetap pada Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Alauddin Makassar sejak tahun 2009 hingga sekarang. Matakuliah Diampuhnya: Pengantar Hukum Indonesia, Hukum Pidana, Hukum Acara Pidana, dan Praktik Hukum Acara Pidana. Buku yang telah diterbitkan antara lain: *kode Etik dan Hukum Kesehatan* (2012), serta *Hukum Acara Pidana dalam integrasi keilmuan* (2013), *Merajut Hukum Indonesia* (2013), *Pengantar Ilmu Hukum* (2013)

Selain itu, penulis pernah sebagai Kepala Laboratorium Hukum (2013), Sekretaris Lembaga Bantuan Hukum dan Advokasi (2014), Sekretaris Prodi Ilmu Hukum (2015) pada Fakultas Syariah dan Hukum UIN Alauddin Makassar. Penulis juga aktif sebagai konsultan hukum dan pernah akif sebagai direktur pada Lembaga Bantuan Hukum dan Advokasi Badan Komunikasi dan Pemuda Remaja Masjid BKPRMI Sulawesi Selatan.

Buku **Merajut Hukum di Indonesia** ini menyajikan mengenai pembahasan bentuk hukum dan sistem hukum yang berlaku di suatu negara. Berdasarkan pengalaman dan pemahaman tentang hukum yang ada buku ini disajikan sebagai buku pegangan bagi para mahasiswa, dosen, maupun khalayak umum yang ingin memahami mengenai hukum di Indonesia.

Buku ini disusun secara sederhana akan tetapi diharapkan pembaca lebih mudah memahami bagaimana sistem hukum berlaku di Indonesia. Materi yang dibahas dalam buku ini di antaranya mencakup: Pendahuluan; Sistem Hukum; Hukum dan Masyarakat; Negara Hukum; Tujuan dan Fungsi Hukum; Pengertian Hukum; Sumber Hukum; Klasifikasi Hukum; Asas Hukum; Penegakan Hukum; Hukum Tata Negara; Hukum Administrasi Negara; Hukum Pidana; Hukum Perdata; serta Hukum Internasional;

Rahman Syamsuddin S.H., M.H.

Dilahirkan di Kota Palopo, 7 Desember 1982. Pendidikan tingginya dimulai dari Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin (2000) S2 Ilmu Hukum di Program Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin. Tahun 2013 Penulis melanjutkan S3 pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Sejak mahasiswa aktif dilembaga kemahasiswaan sebagai Direktur Asean Law Students Association Lc Unhas, penerima beasiswa PPA serta aktif pada ekstra kampus. Menikah dengan Syahriani S.Pd.,M.Pd dan dikarunai seorang Anak laki yang bernama Muhammad Farid Rahman Memulai Karier sebagai dosen tetap pada fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Alauddin Makassar sejak tahun 2009 hingga sekarang. Mata Kuliah Diampuhnya: Hukum Pidana, Hukum Acara Pidana ,Praktek Hukum Acara Pidana dan Hukum Kesehatan. Buku yang telah diterbitkan yaitu kode Etik dan Hukum Kesehatan (2012), serta Hukum Acara Pidana dalam integrasi keilmuan (2013) .

Selain itu penulis adalah pernah menjadi konsultan peraturan daerah kota Makassar, Kota Bontang, Kabupaten Selayar dan Kabupaten Luwu serta ditunjuk sebagai Sekertaris Lembaga bantuan hukum dan penanggung jawab laboratorium hukum pada Fakultas Syariah dan hukum UIN Alauddin Makassar. Penulis juga aktif sejak tahun 2013 sebagai konsultan hukum dan Direktur pada Lembaga Bantuan Hukum dan Advokasi Badan Komunikasi dan Pemuda Remaja Mesjid BKPRMI Sulawesi Selatan (Akreditasi C Kementerian Hukum dan HAM Republik Indonesia).

Ismail Aris, S.H.

Lahir di Kolaka, 16 Juni 1988. Menyelesaikan studi Program Sarjana (S1) dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia Timur (UIT) Makassar pada tahun 2011 dan sekarang (2014) sedang menempuh Studi Program Pasca Sarjana di Fakultas Hukum Universitas Muslim Indonesia (UMI) Makassar. Organisasi: Himpunan Mahasiswa Islam (HMI) Cabang Makassar, Ikatan Mahasiswa Muhammadiyah (IMM) Kabupaten Kolaka, Komisioner Panwaslu Kecamatan Tamalate, Kota Makassar sejak Pemilukada Gubernur dan Wakil Gubernur (2013) hingga sekarang (2014).

Selain itu, pada tahun 2011 pernah juga sebagai Pemateri atau Narasumber di kegiatan Pelatihan Advokasi dengan materi "Judicial Review" yang diadakan oleh Badan Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum UIT bekerja sama dengan LBHA BKPRMI Kota Makassar, aktif juga mengikuti dan mengadakan diskusi Hukum dan Politik, seperti: Pada "Pelatihan Kepengacaraan" Pusat Kajian Hukum "Fighter of Law" bekerja sama dengan Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Makassar (2009), sebagai Ketua Panitia Bedah Hukum "Constitutional Complaint" yang dilaksanakan oleh Lembaga Bantuan Hukum dan Advokasi Badan komunikasi Pemuda Remaja Masjid Indonesia (LBHA BKPRMI) Kota Makassar (2011), Seminar Peningkatan Kualitas Pemahaman Masyarakat di Daerah Terhadap Undang-Undang No. 49 tahun 2009 Tentang Kepemudaan (2011) oleh Kementrian Pemuda dan Olahraga Republik Indonesia bekerjasama dengan Dinas Pemuda dan Olahraga Prov. Sulawesi Selatan, Bedah Hukum "Legislatif dalam Sorotan Publik" oleh Lembaga Bantuan Hukum dan Advokasi Badan komunikasi Pemudan Remaja Masjid Indonesia (LBHA BKPRMI) Kota Makassar (2011).

Mitra Wacana Media
Penerbit

ISBN 978-602-1353-35-6

Rahman Syamsuddin, SH., MH.
Ismail Aris, SH.

Merajut Hukum di Indonesia

Editor Ahli
Amiruddin Pabbu, SH., MH.

Mitra Wacana Media
PENERBIT

MERAJUT HUKUM DI INDONESIA
Rahman Syamsuddin, SH., MH.
Ismail Aris, SH.

Editor
Amiruddin Pabbu, SH., MH.

Edisi Asli
Hak Cipta © 2014, Penerbit Mitra Wacana Media
Telp. : (021) 824-31931
Faks. : (021) 824-31931
Website : http//www.mitrawacanamedia.com
E-mail : mitrawacanamedia@gmail.com

Hak cipta dilindungi undang-undang. Dilarang memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini dalam bentuk apa pun, baik secara elektronik maupun mekanik, termasuk memfotokopi, merekam, atau dengan menggunakan sistem penyimpanan lainnya, tanpa izin tertulis dari Penerbit.

UNDANG-UNDANG NOMOR 19 TAHUN 2002 TENTANG HAK CIPTA
1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak mengumumkan atau memperbanyak suatu ciptaan atau memberi izin untuk itu, dipidana dengan pidana penjara paling lama **7 (tujuh) tahun** dan/atau denda paling banyak **Rp 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)**.
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dipidana dengan pidana penjara paling lama **5 (lima) tahun** dan/atau denda paling banyak **Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)**.

Syamsuddin, Rahman
Aris, Ismail

Merajut Hukum di Indonesia/Rahman Syamsuddin/Ismail Aris

—Jakarta: Mitra Wacana Media, 2014
1 jil., 14 x 21 cm, 342 hal.

ISBN: 978-602 -1353-35-6
1. Hukum 2. Merajut Hukum di Indonesia
I. Judul II. Rahman Syamsuddin, SH., MH./Ismail Aris, SH.

KATA PENGANTAR

Dalam kurikulum Jurusan hukum program Sarjana tercantum mata kuliah Pengantar Hukum Indonesia dan Sistem Hukum Indonesia, suatu mata kuliah yang memberikan pemahaman mahasiswa bentuk hukum dan sistem hukum yang berlaku di suatu negara. Berdasarkan pengalaman dan pemahaman tentang hukum yang ada maka sebagian mahasiswa mengusulkan supaya dibuatkan buku pegangan kuliah mahasiswa pada mata kuliah tersebut.

Berdasarkan pertimbangan itu, saya berusaha memperbaiki menyusun naskah tersebut dan disusun dalam format naskah buku pegangan kuliah mahasiswa yang disesuaikan dengan kurikulum yang berlaku. Merajut hukum bukan hanya berarti metode membangun hukum tetapi melihat sejarah hukum yang berlaku dan melakukan pembaharuan hukum yang ada.

Mudah-mudahan buku sederhana ini bermanfaat bagi pembaca. Karya manusia selalu ada cacat celanya, tidak luput buku sederhana ini. Segala saran, tegur, kritik yang bertujuan menyempurnakan buku ini disambut dengan ucapan terima kasih. Semoga Allah selalu memberi petunjuk kepada kita semua.

Makassar, Februari 2014

Penulis

TENTANG EDITOR

AMIRUDDIN PABBU, anak ke 4 dari 5 bersaudara lahir di Makassar 1 Juni 1980, telah dikaruniai anak Ahmad Al Ghifari dan Ahmad Al Fatih dari pernikahan dengan Sryhartaty. Pendidikan Pascasarjana Tahun 2004 di Universitas Hasanuddin, memulai Fakultas Kesehatan Masyarakat hingga sekarang sekaligus sebagai Dosen Pascasarjana Universitas Indonesia Timur Makassar dengan mengasuh mata kuliah Sejarah Hukum, Teori Perkembangan Hukum Pidana dan Kapita Selekta Hukum Pidana sampai sekarang. Dan telah menulis buku Kode Etik dan Hukum Kesehatan, Kapita Selekta Hukum Pidana dan Hukum Tenaga Profesi Kesehatan.

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR ..... **iii**
TENTANG EDITOR ..... **V**
DAFTAR ISI ..... **VII**

BAB 1 PENDAHULUAN **1**
A. Sistem 1
B. Hukum 1
C. Hukum Sebagai Suatu Sistem 2

BAB 2 SISTEM HUKUM **5**
A. Civil Law 5
B. Common Law 7
C. Hukum Islam 9

BAB 3 HUKUM DAN MASYARAKAT **13**
A. Manusia dan Masyarakat 13
B. Norma Dalam Masyarakat 14

BAB 4 NEGARA HUKUM **19**
A. *Raison D'etre*-Nya Hukum 19
B. Hubungan Masyarakat, Negara, Dan Hukum 20

BAB 5 TUJUAN DAN FUNGSI HUKUM **23**
A. Tujuan Hukum 23
B. Fungsi Hukum 26

BAB 6 ILMU HUKUM **33**
A. Hak Dan Kewajiban 33
B. Keadilan 37
C. Masyarakat Hukum 39

D. Subjek Hukum 39
E. Objek Hukum 40
F Peristiwa Hukum 41
G. Perbuatan Hukum 42
H. Hubungan Hukum 44
I. Akibat Hukum 45

BAB 7 SUMBER HUKUM 47
A. Definisi Sumber Hukum 47
B. Jenis-Jenis Sumber Hukum 47

BAB 8 KLASIFIKASI HUKUM..... 53
A. Hukum Menurut Fungsinya 53
B. Hukum Menurut Saat Berlakunya. 53
C. Hukum Menurut Daya Kerjanya. 53
D. Hukum Menurut Bentuknya..... 54
E. Hukum Menurut Wilayah Berlakunya 54
F. Hukum Menurut Isinya 54
G. Hukum Menurut Sumbernya 55
H. Hukum Menurut Wujudnya 55

BAB 9 ASAS HUKUM 57
A. Pengertian Asas Hukum 57
B. Asas Hukum Pidana 60
C. Asas Hukum Perdata 61
D. Asas Hukum Tata Negara 63
E. Asas Hukum Administrasi Negara 64
F. Asas Hukum Internasional 65
G. Asas Hukum Acara 66

BAB 10 PENEGAKAN HUKUM..... 69
A. Pemahaman Penegakan Hukum 69
B. Lembaga/Pihak Dalam Penegakan Hukum 71
C. Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum 76

BAB 11 HUKUM TATA NEGARA 83
A. Definisi Hukum Tata Negara 83
B. Sumber Hukum Tata Negara 89
C. Konsepsi Konstitusi Dan Konstitusionalisme 95
D. Konsepsi Lembaga Negara 105
E. Sistem Pemerintahan 124
F. Hak Asasi Manusia 131
G. Pemilihan Umum 149
H. Pembaharuan Hukum Tata Negara 173

BAB 12 HUKUM ADMINISTRASI NEGARA 177
A. Konsepsi Negara Hukum 177
B. Pengertian Dan Ruang Lingkup Hukum Administrasi Negara 178
C. Kedudukan Dan Kewenangan Administrasi Negara 180
D. Macam-Macam Perbuatan Hukum Pemerintah 181
E. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak 182

BAB 13 HUKUM PIDANA 191
A. Definisi Hukum Pidana 191
B. Delik Atau Perbuatan Pidana 192
C. Teori Kesalahan 200
D. Konsepsi Ajaran Sifat Melawan Hukum Pidana (*Wederechtelijkheid*) 202
E. Teori Penyertaan (*Deelneming*) 210
F. Teori Percobaan (Attemp/Poging) 222
G. Teori Pertanggung Jawaban Pidana 234
H. Hapusnya Hak Penuntutan Pidana Dan Eksukusi 238
I. Teori Pemidanaan 243
J. Pembaharuan Hukum Pidana 252

BAB 14 HUKUM PERDATA 257
A. Definisi Hukum Perdata 257
B. Teori Badan Hukum 260
C. Pembagian Badan Hukum 272
D. Hukum Keluarga 287
E. Hukum Perikatan 299
F. Hukum Pembuktian 300

BAB 15 HUKUM INTERNASIONAL 305
A. Pengertian Hukum Internasional 305
B. Sejarah Dan Perkembangan Hukum Internasional 308
C. Bentuk-Bentuk Hukum Internasional 313
D. Sumber-Sumber Hukum Internasional 314

DAFTAR PUSTAKA 319
BUKU 319
WEBSITE 331

BAB 1 PENDAHULUAN

A. SISTEM

Banyak sekali pemahaman mengenai definisi sistem, setiap pakar memberikan masing-masing pendapatnya, namun dapat kiranya jika pemahaman tentang sistem adalah sebagai berikut: "sistem adalah suatu kompleksitas elemen yang terbentuk dalam satu kesatuan interaksi (proses); masing-masing elemen terikat dalam satu kesatuan hubungan yang satu sama lain saling bergantung (*interdependence of its parts*); kesatuan elemen yang kompleks itu membentuk satu kesatuan yang lebih besar, yang meliputi keseluruhan elemen pembentuknya itu (*the whole is more than the sum of its parts*); keseluruhan itu menentukan ciri dari setiap bagian pembentuknya (*the whole determines the natures of its parts*); bagian keseluruhan itu tidak dapat dipahami jika ia dipisahkan, atau dipahami secara terpisah dari keseluruhan itu (*the parts cannot be understood if considered in isolation from the whole*); bagian-bagian itu bergerak secara dinamis secara mandiri atau secara keseluruhan dalam keseluruhan (sistem) itu".[1]

Pendapat lainnya yang lebih sederhana untuk dimengerti adalah bahwa sistem sebagai jenis satuan yang dibangun dengan komponen-komponen sistemnya yang berhubungan secara mekanik fungsional yang satu dengan yang lainnya untuk mencapai tujuan sistemnya.[2]

B. HUKUM

Tidak mudah untuk merumuskan definisi atau menjawab pertanyaan "apakah hukum itu?". Dalam perkembangannya justru memunculkan dua kubu yang berbeda pendapat. Pendapat pertama diantaranya menyatakan bahwa tidak mungkin memberikan definisi tentang hukum, yang sungguh-

1 Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa Putra, Hukum Sebagai Suatu Sistem, Bandung: Mandar Maju,, 2003, hal. 65

2 Bachsan Mustofa, Sistem Hukum Indonesia Terpadu, Bandung: Citra Aditya Bakti,, 2003, hal. 5.

sungguh dapat memadai kenyataan. Kubu ini dipengaruhi oleh pendapat beberapa pakar hukum, salah satunya adalah I. Kisch yang mengatakan "*doordat het recht onwaarneembaar is onstaat een moelijkheid bij het vinden van een algemeen bevredigende definitie*", "Oleh karena hukum itu tidak dapat ditangkap pancaindera, maka sukar membuat suatu definisi hukum yang memuaskan umum".[3] Kubu ini dapat dibenarkan, apalagi jika kembali ke ungkapan lama yang ditulis oleh Peter Mahmud Marzuki di atas, ditanyakan pada 100 orang tentang definisi hukum bisa jadi 100 definisi yang didapatkan. Sulit untuk mencari definisi hukum yang definitif atau tunggal.

Pendapat kedua mengatakan bahwa definisi itu ada manfaatnya, sebab pada saat itu juga dapat memberi sekedar pengertian pada orang yang baru mulai tentang apa yang dipelajarinya, setidak-tidaknya digunakan sebagai pegangan.[4] Kubu ini juga benar adanya, penting bagi seseorang yang baru memulai belajar ilmu hukum atau bagi masyarakat awam mengetahui atau setidaknya memiliki gambaran yang jelas mengenai definisi hukum. Oleh karena itu lebih bijak jika dirumuskan unsur-unsur dan ciri-ciri yang terkandung dari beranekaragam pendapat tentang definisi hukum. Unsur-unsur tersebut antara lain:[5]

1. peraturan mengenai tingkah laku manusia;
2. peraturan itu dibuat oleh badan berwenang;
3. peraturan itu bersifat memaksa, walaupun tidak dapat dipaksakan;
4. peraturan itu disertai sanksi yang tegas dan dapat dirasakan oleh yang bersangkutan.

Sedangkan ciri-cirinya adalah sebagai berikut:[6]

1. adanya suatu perintah, larangan, dan kebolehan;
2. adanya sanksi yang tegas.

C. HUKUM SEBAGAI SUATU SISTEM

Hukum itu sendiri bukanlah sekedar kumpulan atau penjumlahan peraturan-peraturan yang masing-masing berdiri sendiri-sendiri. Arti pentingnya suatu peraturan hukum ialah karena hubungannya yang

3 Dudu Duswara Machmudin,, Pengantar Ilmu Hukum, Bandung: Refika Aditama,, 2010, hal.6-7.
4 Ibid., hal.7.
5 Ibid., hal.9.
6 Ibid.

sistematis dengan peraturan-peraturan hukum lain. Hukum merupakan sistem berarti hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan kata lain, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. Kesatuan tersebut diterapkan terhadap kompleks unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas hukum, dan pengertian hukum.[7]

Sistem terdapat dalam berbagai tingkat. Dengan demikian, terdapat berbagai sistem. Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional. Kemudian masih dikenal sistem hukum perdata, sistem hukum pidana, sistem hukum administrasi. Di dalam hukum perdata sendiri terdapat sistem hukum keluarga, sistem hukum benda, sistem hukum harta kekayaan dan sebagainya.[8]

Sistem hukum merupakan sistem terbuka (mempunyai hubungan timbal balik dengan lingkungannya). Sistem hukum merupakan kesatuan unsur-unsur (yaitu peraturan, penetapan) yang dipengaruhi oleh faktor-faktor kebudayaan, sosial, ekonomi, sejarah, dan sebagainya. Sebaliknya, sistem hukum mempengaruhi faktor-faktor di luar sistem hukum tersebut. Peraturan-peraturan hukum itu terbuka untuk penafsiran yang berbeda, oleh karena itu selalu terjadi pengembangan.[9]

Menurut Lawrence M. Friedman, bahwa suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks di mana struktur, substansi, dan kultur berinteraksi.[10] *struktur* adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum. *Substansi* (peraturan-peraturan) adalah elemen lainnya.[11] Selanjutnya Friedman mengatakan, bahwa *struktur* sebuah sistem yudisial terbayang ketika kita berbicara tentang jumlah para hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara *substansi* tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana

7 Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum;Suatu Pengantar, Yogyakarta: Liberty, 2005, hal. 122.
8 Ibid., hal. 123.
9 Ibid., hal. 124.
10 Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective, New York: Russel Sage Foundation, 1975, Diterjemahkan kedalam Bahasa Indonesia oleh M. Khazim, Sistem Hukum- Perspektif Ilmu Sosial, Bandung: Nusa Media, 2009, hal. 17.
11 Ibid.,, hal. 15.

institusi-institusi itu harus berperilaku.[12] Sedangkan, kultur hukum mengacu pada bagian-bagian yang ada pada kultur umum-adat kebiasaan, opini, cara bertindak dan berpikir yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial menuju atau menjauh dari hukum dan dengan cara-cara tertentu.

Lebih lanjut lagi, bahwa "sistem hukum merupakan suatu kesatuan sistem yang tersusun atas integralitas berbagai komponen sistem hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam satu kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, mempengaruhi, bergerak dalam kesatuan proses, yaitu proses sistem hukum, untuk mewujudkan tujuan hukum. Sistem hukum merupakan satu kesatuan sistem besar yang tersusun atas sub-subsistem yang lebih kecil, yaitu sub sistem pendidikan, pembentukan hukum, penerapan hukum dan lain-lain, yang hakikatnya merupakan sistem tersendiri dengan proses tersendiri pula. Adapun komponen-komponen sistem hukum tersebut adalah:[13]

1. Masyarakat Hukum; himpunan kesatuan-kesatuan hukum, baik individu maupun kelompok, sekaligus tempat hukum itu diterapkan.
2. Budaya Hukum; pemikiran-pemikiran manusia dalam usahanya mengatur kehidupannya.
3. Filsafat Hukum; formulasi nilai tentang cara mengatur kehidupan manusia.
4. Ilmu Hukum; media komunikasi antara teori dan praktik hukum sekaligus media pengembangan teori, desain, konsep hukum.
5. Konsep Hukum; formulasi kebijaksanaan hukum yang ditetapkan oleh suatu masyarakat hukum.
6. Pembentukan Hukum; bagian proses hukum yang meliputi lembaga aparatur-dan saran pembentukan hukum.
7. Bentuk Hukum; hasil proses pembentukan hukum.
8. Penerapan Hukum; proses kelanjutan dari proses pembentukan hukum, meliputi lembaga-aparatur-saran-prosedur penerapan hukum.
9. Evaluasi Hukum, proses pengujian kesesuaian antara hasil penerapan hukum dengan undang-undang atau tujuan hukum yang telah dirumuskan sebelumnya.

12 Ibid., hal. 16

13 H.Lili Rasjidi dan I.B.Wyasa Putra, Op.cit., hal. 149-151.

BAB 2

SISTEM HUKUM

A. CIVIL LAW[14]

Civil Law adalah sistem hukum yang banyak dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental yang didasarkan pada hukum Romawi. Disebut demikian karena hukum Romawi pada mulanya bersumber pada karya agung Kaisar Iustinianus Corpus Iuris Civilis. Karena banyak dianut negara Eropa Kontinental, *Civil Law* sering dinamakan sistem kontinental. Negara-negara bekas jajahan negara-negara Eropa Kontinental juga menganut sistem *Civil Law*.

Sistem *Civil Law* memiliki 3 karakteristik, yaitu: (1) adanya kodifikasi; (2) hakim tidak terikat kepada preseden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama; dan (3) sistem peradilan bersifat inkuisitorial. Inkuisitorial maksudnya, bahwa dalam sistem itu, hakim mempunyai peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutus perkara. Hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Hakim di dalam *Civil Law* berusaha mendapatkan gambaran lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal.

Bentuk sumber-sumber hukum dalam arti formal dalam sistem *Civil Law* berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan, dan yurisprudensi. Di mana peraturan perundang-undangan menjadi rujukan yang pertama. Negara-negara penganut *Civil Law* menempatkan konstitusi tertulis pada urutan tertinggi dalam hierarki peraturan perundang-undangan yang kemudian diikuti dengan undang-undang dan beberapa peraturan di bawahnya.

Di negara yang menganut *Civil Law*, kebiasaan-kebiasaan dijadikan sebagai sumber hukum yang kedua untuk memecahkan berbagai persoalan. Pada kenyataannya undang-undang tidak pernah lengkap. Kehidupan masyarakat begitu kompleks sehingga undang-undang tidak

14 Disarikan dari Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Jakarta: Kencana, 2009, hal. 261-351.

mungkin dapat menjangkau semua aspek kehidupan manusia. Dalam hal inilah dibutuhkan hukum kebiasaan. Patut dicermati, yang menjadi sumber hukum bukanlah kebiasaan melainkan hukum kebiasaan. Kebiasaan tidak mengikat, agar kebiasaan dapat menjadi hukum kebiasaan diperlukan dua hal yaitu: (1) tindakan itu dilakukan secara berulang-ulang dan (2) adanya unsur psikologis mengenai pengakuan bahwa apa yang dilakukan secara terus menerus dan berulang-ulang itu aturan hukum. Unsur psikologis itu dalam bahasa latin disebut *opinion necessitates* yang berarti pendapat mengenai keharusan bahwa orang bertindak sesuai dengan norma yang berlaku akibat adanya kewajiban hukum.

Dalam sistem *Civil Law*, yurisprudensi bukanlah sumber hukum utama, hal ini didasari pandangan bahwa yurisprudensi atau putusan-putusan hakim pengadilan sifatnya konkret dan hanya mengikat pihak-pihak yang bersengketa saja. Bukankan aturan hukum harus bersifat umum dan abstrak? Dapatkah putusan hakim pengadilan yang bersifat konkret dan hanya mengikat para pihak dijadikan sebagai sumber hukum?. Selain itu, di negara-negara *Civil Law*, yurisprudensi rawan untuk dimodifikasi dan dianulir setiap saat. Di negara-negara *Civil Law* yurisprudensi bukanlah sebah hal yang sangat mengikat. Ketika ada putusan hakim pengadilan sebelumnya yang dipakai untuk memutuskan kasus di kemudian hari maka hal itu bukanlah karena putusan hakim sebelumnya mempunyai kekuatan mengikat, melainkan karena hakim yang kemudian menganggap bahwa putusan sebelumnya itu memang dianggap tepat dan layak untuk diteladani. Namun demikian yurisprudensi mempunyai peranan penting dalam pengembangan hukum dan hal semacam itu tidak dapat dibantah oleh negara-negara penganut sistem *Civil Law*.

Meski demikian, walaupun bukan menjadi sumber hukum yang utama, melalui yurisprudensi, hakim juga mempunyai tugas untuk membuat hukum. Hal itu dalam praktik penyelesaian sengketa tidak dapat dihindari manakala terminology yang digunakan undang-undang tidak mengatur masalah yang dihadapi atau undang-undang yang ada bertentangan dengan situasi yang dihadapi. Oleh karena itulah hakim dalam hal ini melakukan pembentukan hukum, analogi, penghalusan hukum atau penafsiran. Kegiatan-kegiatan semacam itu dalam sistem hukum kontinental disebut sebagai penemuan hukum.

B. COMMON LAW[15]

Berikutnya adalah sistem hukum *Common Law*, adalah sistem hukum yang dianut oleh suku-suku Anglika dan Saksa yang mendiami sebagian besar Inggris sehingga disebut juga sistem **Anglo-Saxon**. Negara-negara bekas jajahan Inggris menganut sistem *Common Law*. Akan tetapi, Amerika Serikat sebagai bekas jajahan Inggris mengembangkan sistem yang berbeda dari yang berlaku di Inggris, meskipun masih dalam kerangka sistem *Common Law*. Perkembangan politik, ekonomi, dan teknologi Amerika Serikat yang lebih pesat dari pada yang terjadi di Inggris, menyebabkan Amerika Serikat banyak bertransaksi dengan negara lain. Hal ini berimplikasi pada banyaknya hukum Amerika Serikat yang dijadikan acuan atau landasan transaksi yang bersifat internasional. Oleh karena itulah, sistem *Common Law* pada saat ini lazim disebut sebagai sistem ***Anglo-American***.

Sistem *Common Law* sangat berkembang di Inggris terutama melalui pengadilan kerajaan yang dibentuk semasa Raja William dan pengganti-penggantinya berkuasa. Di wilayah jajahan Inggris, pengadilan kerajaan sangat kuat yang membawahi pengadilan-pengadilan lokal dan hanya sedikit menangani masalah-masalah kaum ningrat sedangkan di lain pihak pengadilan rakyat yang lama tidak lagi digunakan. Hukum yang dikembangkan oleh pengadilan kerajaan secara cepat menjadi suatu hukum yang umum (*common*) bagi semua orang di seantero negeri. Itulah sebabnya sistem hukum Inggris disebut sistem *Common Law*. Perlu juga untuk diungkapkan di sini, bahwa sebenarnya Amerika Serikat merupakan bekas jajahan Inggris, akan tetapi dalam perjalanan kehidupan bernegara, Amerika Serikat mengembangkan sendiri sistem hukum maupun substansi hukumnya. Salah satu perbedaan mencolok di antara keduanya adalah bahwa Amerika Serikat memiliki Konstitusi tertulis sebagai hukum tertinggi di Amerika Serikat. Inggris tidak mengenal suatu konstitusi tertulis, praktik ketatanegaraan Inggris didasarkan atas *Convention* (praktik ketatanegaraan yang dijalankan berdasarkan kebiasaan-kebiasaan). Selain itu Amerika Serikat lebih mengembangkan kodifikasi baik untuk negara bagian maupun negara federal daripada Inggris. Hal itu disebabkan luas dan populasi Amerika Serikat jauh lebih besar daripada Inggris.

15 Disarikan dari Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 261-353.

Sistem *Common Law* mempunyai 3 karakteristik, yaitu: (1) yurisprudensi dipandang sebagai sumber hukum yang terutama, (2) dianutnya doktrin *stare decisis*, dan (3) adanya *adversary system* dalam proses peradilan. Yurisprudensi sebagai sumber hukum utama karena 2 hal, yaitu alasan psikologis dan alasan praktis. Alasan psikologis maksudnya setiap orang yang ditugasi untuk menyelesaikan perkara, ia cenderung sedapat-dapatnya mencari alasan pembenar atau putusan-putusannya merujuk kepada putusan yang telah ada sebelumnya daripada memikul tanggung jawab atas putusan yang dibuatnya sendiri. Sedangkan alasan praktisnya adalah bahwa diharapkan adanya putusan yang seragam karena sering dikemukakan bahwa hukum harus mempunyai kebiasaan dari pada menonjolkan keadilan pada setiap kasus.

Berikutnya adalah doktrin *stare decisis* yang di Indonesia dikenal dengan doktrin "preseden", yaitu hakim terikat untuk menerapkan putusan pengadilan terdahulu baik yang ia buat sendiri atau oleh pendahulunya untuk kasus serupa. Di Inggris, dengan menerapkan doktrin ini otoritas pengadilan bersifat hierarkis, yaitu pengadilan yang lebih rendah harus mengikuti putusan pengadilan lebih tinggi untuk kasus serupa. Preseden yang dimaksud di sini bukanlah putusannya semata, tidak semua apa yang dikatakan oleh hakim dalam menjatuhkan putusan menciptakan suatu preseden. Yang berlaku sebagai preseden adalah pertimbangan-pertimbangan hukum yang relevan dengan fakta yang dihadapkan kepadanya. Pertimbangan-pertimbangan hukum yang dijadikan dasar putusan tersebut dalam ilmu hukum disebut *ratio decidendi*. *Ratio decidendi* inilah yang harus diikuti oleh pengadilan berikutnya untuk perkara serupa. Akan tetapi, perlu juga dikemukakan, bahwa dalam menjatuhkan putusan, hakim tidak hanya mengemukakan pertimbangan-pertimbangan hukum, melainkan juga petimbangan-pertimbangan lain yang tidak mempunyai relevansi dengan fakta yang dihadapi (*obiter dicta*). Akan tetapi dalam perkembangan saat ini, dimungkinkan terjadinya *distinguish* (tidak menggunakannya sebagai pedoman untuk memutuskan kasus-kasus serupa), hal ini terjadi karena adanya perubahan filosofis atas *reasoning* yang melandasi putusan tersebut. Berbeda dengan sistem *Civil Law*, dalam sistem *Common Law*, pengadilan menganut sistem *adversary*. Sistem *inkuisitorial* seperti *Civil Law* sebenarnya juga ada, akan tetapi sistem *adversary* lebih diutamakan. Dalam sistem ini, kedua belah pihak

yang bersengketa masing-masing menggunakan *lawyer*-nya berhadapan di depan seorang hakim. Masing-masing pihak menyusun strategi-strategi sedemikian rupa dan mengemukakan sebanyak-banyaknya alat bukti di depan pengadilan. Hakim hanya duduk di kursi hakim layaknya seorang wasit sepak bola yang hanya aturan main yang sekali-kali juga memberikan kartu kuning atau kartu merah bagi pihak yang tidak menjunjung tinggi aturan main. Apabila diperlukan juri, hakim tidak memberikan putusan mana yang menang dan mana yang kalah atau tertuduh bersalah atau tidak bersalah. Hakim member perintah kepada juri untuk mengambil putusan dan juri-lah yang mengambil putusan. Putusan itu harus diterima oleh hakim terlepas ia setuju atau tidak setuju terhadap putusan itu. *Adversary system* ini lebih banyak dijumpai di Amerika Serikat.

Adapun sumber hukum dalam sistem *Common Law* hanya yurisprudensi yang di Inggris disebut *judge made law* atau di Amerika Serikat disebut *case law* dan perundang-undangan (*statute law*). Di Inggris, sebelum dituangkan ke dalam *Common Law*, hukum yang berlaku esensial merupakan hukum kebiasan. Akan tetapi, hukum Inggris bukanlah hukum kebiasaan. Hal itu disebabkan proses pembentukan *Common Law* melalui *judge made law* berdasarkan atas nalar (*reason*). Di Amerika Serikat kebiasaan sama sekali bukan merupakan sumber hukum.

Sebagai catatan untuk diperhatikan, memang di negara-negara penganut sistem *Common Law*, yurisprudensi ditempatkan sebagai sumber yang utama, akan tetapi di Amerika Serikat (dan juga perkembangan negara-negara *Common Law* lain saat ini) undang-undang sama pentingnya dengan yurisprudensi.

C. HUKUM ISLAM[16]

Hukum Muslim (*Muslem Law*) atau Hukum Islam (*Islamic Law*), di Arab disebut "syariah" (jalan yang benar). Hukum Muslim adalah sistem aturan-aturan hukum agama. Karena alasan-alasan yang wajar, syariah berperan penting terutama dalam wilayah-wilayah hukum yang diatur secara rinci dalam sumber-sumber hukum Islam, terutama dalam wilayah

16 Disarikan dari Michael Bogdan, Pengantar Perbandingan Sistem Hukum (Penerjemah: Derta Sri Widowatie), Bandung: Nusa Media, 2010, hal. 289-300. Sebagian kalimat merupakan modifikasi dan tambahan dari penulis.

hukum keluarga, hukum waris, dan sampai taraf tertentu dalam wilayah hukum pidana. Perkembangan saat ini, terutama di Indonesia, hukum Islam (*Syariah*) sudah mulai merambah ke berbagai bidang ekonomi, perbankan syariah misalnya. Sumber hukum utama dan tertinggi Hukum Islam adalah Al-Quran, kitab suci umat muslim yang berasal dari Tuhan. Berikutnya dalam hierarki sumber hukum Islam terdapat sunah, yang merupakan penjelasan tentang ucapan, perbuatan, dan tingkah laku Nabi (termasuk sikap diam beliau terhadap pertanyaan-pertanyaan tertentu). Sunah kerap dijadikan aturan untuk persoalan-persoalan yang tidak disebutkan dalam Al-Quran. Sumber hukum selanjutnya adalah *Ijma'*, yaitu pendapat-pendapat yang diterima secara umum di kalangan orang beriman, terutama cendekiawan hukum dalam menafsirkan dua sumber hukum utama tadi. Selain itu juga terdapat yang disebut *Qiyas*, yaitu penalaran dengan logika, terutama untuk menghasilkan regulasi untuk situasi yang tidak secara langsung dicakup sumber-sumber dasar.

Karakteristik dari Hukum Islam adalah sangat fleksibel dalam segala kejadian dan dapat mengikuti perkembangan zaman, walaupun didasarkan pada Al Quran yang sudah dibuat beribu-ribu tahun yang lalu dan tidak dapat diubah. Persebaran negara-negara yang menganut sistem Hukum Islam banyak dijumpai di negara-negara jazirah Arab. Tidak hanya itu, negara-negara di Asia dan Afrika Timur banyak yang menganut sistem Hukum Islam baik secara langsung maupun berbaur dengan sistem hukum lainnya.

Bagaimana dengan sistem hukum Indonesia, termasuk kategori yang mana? Sebagai bekas negara jajahan Belanda (penjajah terlama di Indonesia), sistem hukum di Indonesia cenderung mengikuti sistem hukum *Civil Law*, karakteristik hukumnya sangat mirip, akan tetapi sebagai negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam, sistem Hukum Islam juga mempengaruhi kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia, banyak peraturan perundang-undangan di Indonesia, baik secara eksplisit maupun implisit mengadopsi ketentuan-ketentuan Hukum Islam, bahkan terdapat satu provinsi (Nanggroe Aceh Darussalam) yang memiliki keistimewaan dengan menerapkan sistem Hukum Islam dalam tata pemerintahan dan kehidupan sosial sehari-hari. Terakhir, jangan lupakan keberadaan sistem Hukum Adat yang juga tumbuh dan diakui keberadaannya dalam sistem Hukum Indonesia

(walaupun secara terbatas). Beberapa pengaturan di bidang hukum waris dan hukum agraria serta hukum pidana (secara terbatas) dipengaruhi atau mengadopsi sistem Hukum Adat.

Dengan demikian berdasarkan penjelasan di atas, bahwa sistem hukum di indonesia yakni sistem hukum campuran. Argumentasinya, bahwa beberapa karakteristik sistem hukum yang berlaku di dunia juga adopsi di indonesia. Misalnya, yurisfrudensi sebagai sumber hukum. Padahal, asal-usul yurisfrudensi yakni pada sistem hukum yang berlaku di *Common Law* yang bermuara di negara Inggris.

BAB 3

HUKUM DAN MASYARAKAT

A. MANUSIA DAN MASYARAKAT

Sudah menjadi kodrat bagi setiap manusia untuk hidup sebagai makhluk sosial, hidup di antara manusia lain dalam suatu pergaulan masyarakat. Hal ini disebabkan manusia itu cenderung mempunyai keinginan untuk selalu hidup bersama (*appetitus societatis*). Hal inilah yang oleh Aristoteles disebut sebagai *zoon politicon* yang berarti manusia itu adalah makhluk sosial dan politik (*man is a social and politic being*). PJ Bouman mengatakan "*de mens wordt eerst mens door samenleving met anderen*" yang artinya "manusia itu baru menjadi manusia karena ia hidup bersama dengan manusia lainnya".[17]

Sistem dan siklus kehidupan bersama antara satu manusia dengan manusia yang lain itulah yang dinamakan sebagai masyarakat. Masyarakat merupakan kehidupan bersama yang anggota-angotanya mengadakan pola tingkah laku yang maknanya dimengerti oleh sesama anggota. Masyarakat merupakan suatu kehidupan bersama yang terorganisir untuk mencapai dan merealisir tujuan bersama. Masyarakat merupakan kelompok atau kumpulan manusia, tidak penting berapa jumlahnya, yang penting lebih dari satu manusia. Kehidupan bersama dalam masyarakat tidak didasarkan pada adanya beberapa manusia secara kebetulan bersama, tetapi didasarkan pada adanya kebersamaan tujuan.[18] Masyarakat itu merupakan tatanan sosial psikologis. *Psyche* manusia individual sadar akan adanya sesama manusia. Dapat dikatakan bahwa tidak ada seorang manusia yang hidup seorang diri terpencil jauh dan lepas dari kehidupan bersama. Manusia tidak mungkin berdiri di luar atau tanpa masyarakat. Sebaliknya masyarakat tidak mungkin ada tanpa manusia.[19]

17 Lihat Dudu Duswara Machmudin, Op,cit., hal. 9.
18 Lihat Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.1-2.
19 Ibid., hal.2.

Bersama dalam sebuah masyarakat manusia dapat memenuhi panggilan hidupnya, memenuhi kebutuhan dasar atau kepentingannya. Menurut Maslow, kebutuhan dasar tersebut mencakup:[20]

a. *food, shelter, and clothing*;
b. *Safety of self and property*;
c. *Self-esteem*;
d. *Self-actualization*;
e. *Love*.

Hanya dengan hidup bersama dan berinteraksi satu sama lainnya dalam masyarakat itulah manusia dapat memenuhi kebutuhan dasarnya.

B. NORMA DALAM MASYARAKAT

Manusia dilahirkan lengkap dengan karakter dan kepribadian masing-masing yang mungkin saja berbeda antara satu dengan lainnya. Ketika manusia tersebut hidup bersama dalam sebuah masyarakat, tentu saja dia tidak bisa memaksakan karakternya yang paling benar. Selain itu, walaupun secara teorinya memiliki kebutuhan dasar yang sama, tidak serta merta kebutuhan dan kepentingan mereka selalu sama di saat yang sama, kadang kala bisa sama tetapi kadang kala bisa berbeda. Perbedaan kebutuhan dan kepentingan tersebut apabila dibiarkan lama kelamaan akan berubah menjadi pertentangan atau konflik. Pertentangan atau konflik ini selanjutnya dapat menimbulkan kekacauan dalam masyarakat apabila tidak ada aturan yang dapat menyeimbangkannya. Aturan itu pada mulanya disebut Kaidah (Arab), norma (Latin), norma (Prancis), norm (Inggris), dan dalam Bahasa Indonesia baku disebut kaidah. Jadi dapat dikatakan bahwa apa yang disebut kaidah adalah patokan atau ukuran atau pun pedoman untuk berperikelakukan atau bersikap tindak dalam hidup.[21] Dalam literatur lain disebutkan bahwa manusia di dalam masyarakat memerlukan perlindungan kepentingan. Perlindungan kepentingan itu dapat tercapai dengan terciptanya pedoman atau peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia harus bertingkah

20 Lihat Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 10.
21 Ibid.

laku dalam masyarakat agar tidak merugikan orang lain dan dirinya sendiri. Pedoman inilah yang disebut norma atau kaidah sosial, yang pada hakikatnya merupakan perumusan suatu pandangan mengenai perilaku atau sikap yang seyogyanya dilakukan atau seyogyanya tidak dilakukan, yang dilarang dijalankan atau atau yang dianjurkan untuk dijalankan.[22] Apa pun definisinya, dapat dipahami bahwa norma atau kaidah diperlukan keberadaannya dalam masyarakat untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat tersebut, dengan demikian manusia secara individu dan masyarakat secara kolektif dapat memenuhi kebutuhan dan kepentingannya. Secara universal, kaidah atau norma yang terdapat dalam masyarakat adalah 1) kaidah/norma agama; 2) kaidah/norma kesusilaan; 3) kaidah/norma kesopanan; dan 4) kaidah/norma hukum.

1. Kaidah/Norma Agama

   Berdasarkan teorinya, kaidah agama terbagi dua, yaitu agama wahyu (samawi, *sama'i*, langit) dan agama budaya. Agama wahyu adalah suatu ajaran Allah yang berisi perintah, larangan, dan kebolehan yang disampaikan kepada umat manusia berupa wahyu melalui malaikat dan rasul-Nya. Sedangkan agama budaya adalah ajaran yang dihasilkan oleh pikiran dan perasaan manusia secara kumulatif.[23]

   Kaidah agama merupakan tuntunan hidup manusia untuk menuju ke arah yang lebih baik dan benar. Kaidah agama mengatur tentang kewajiban manusia terhadap Tuhannya. Sanksi terhadap pelanggaran kaidah agama berasal dari Tuhan, baik sanksi yang diterima langsung di dunia maupun di akhirat nanti.

   Contoh kaidah agama: janganlah kamu mendekati zina, janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah untuk membunuhnya, hormatilah kedua orang tuamu, janganlah menyembah selain kepada Tuhan YME, dan lain-lain.

2. Kaidah/Norma Kesusilaan

   Kaidah kesusilaan adalah aturan hidup yang berasal dari suara hati manusia yang menentukan mana perbuatan baik dan mana perbuatan tidak baik. Asal kaidah kesusilaan berasal dari dari manusia itu sendiri. Kaidah kesusilaan mendorong manusia untuk

22 Lihat Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.4.

23 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 15.

berbuat kebaikan, ia berbuat baik atau buruk karena bisikan hati nuraninya (*geweten*).

Kaidah kesusilaan ditujukan kepada sikap batin manusia. Sanksi akibat pelanggaran terhadap kaidah kesusilaan juga berasal dari dalam batin manusia itu sendiri, seperti rasa penyesalan, rasa malu, rasa takut, perasaan bersalah, dan lain sebagainya. Contoh kaidah kesusilaan: perbuatan jujur, menghormati sesama, membantu sesama manusia, dan lain-lain.[24]

3. Kaidah/Norma Kesopanan

Kaidah kesopanan adalah aturan hidup yang timbul dari pergaulan hidup masyarakat tertentu. Landasan kaidah kesopanan adalah kepatutan, kepantasan, dan kebiasaan yang berlaku pada masyarakat yang bersangkutan. Kaidah kesopanan ditujukan kepada sikap lahir setiap pelakunya demi ketertiban masyarakat dan untuk mencapai suasana keakraban dalam pergaulan. Sanksi yang didapatkan apabila berlaku tidak sopan biasanya berupa teguran atau celaan atau hinaan atau pengucilan dari masyarakat di mana dia berada.[25]

Peribahasa "di mana bumi dipijak disitu langit dijunjung" sangat tepat untuk menggambarkan kaidah/norma kesopanan ini. Contoh kaidah kesopanan: berpakaian rapi ketika mengahdiri sebuah acara formal, berbicara secara sopan kepada orang yang lebih tua, dan lain-lain.

4. Kaidah/Norma Hukum

Kaidah hukum adalah aturan yang dibuat secara resmi oleh penguasa negara, mengikat setiap orang dan berlakunya dapat dipaksakan oleh aparat negara yang berwenang, sehingga berlakunya dapat dipertahankan.[26]

Kaidah hukum berasal dari luar diri manusia. Kaidah hukum ditujukan terutama kepada pelakunya yang konkret, yaitu di pelaku pelanggaran yang nyata-nyata berbuat, bukan untuk penyempurnaan manusia, melainkan untuk ketertiban masyarakat agar masyarakat tertib, agar jangan sampai jatuh korban kejahatan,

24 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal.15. dan Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.7.

25 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal.16. dan Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.8-9.

26 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 16.

agar tidak terjadi kejahatan. Isi kaidah hukum itu ditujukan kepada sikap lahir manusia. Kaidah hukum tidak hanya membebani seseorang dengan kewajiban semata, melainkan juga memberikan hak kepada seseorang. Kaidah hukum berasal dari kekuasaan luar diri manusia yang memaksakan kepada kita (*heteronom*). Masyarakatlah secara resmi diberi kuasa untuk memberi sanksi atau menjatuhkan hukuman. Pengadilan adalah lembaga yang mewakili masyarakat untuk menjatuhkan hukuman.[27]

27 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal.16. dan Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.12-13.

BAB 4

NEGARA HUKUM

A. *RAISON D'ETRE*-NYA HUKUM

Sebagaimana telah diulas pada pembahasan sebelumnya bahwa kaidah-kaidah (agama, kesusilaan, kesopanan, dan hukum) diperlukan sebagai pedoman bagi tingkah laku manusia dan untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat. Keempat norma yang tersebut di atas bukan merupakan bagian yang terpisah-pisah, melainkan merupakan satu kesatuan dan saling mempengaruhi satu dengan yang lainnya. Sebagai salah satu kaidah yang hidup dan ada di masyarakat, menjadi pertanyaan yang paling mendasar adalah "apa sebenarnya *Raison d'etre*-nya hukum?"[28], "kapankah pada hakikatnya hukum itu ada?", "apa yang menyebabkan timbulnya hukum itu?". Sebagaimana diketahui bahwa untuk timbulnya hukum sekurang-kurangnya harus ada kontak antara dua orang. Kontak ini dapat bersifat menyenangkan atau bersifat tidak menyenangkan (sengketa atau perselisihan). Tetapi pada hakikatnya hukum baru ada, baru dipersoalkan apabila terjadi konflik kepentingan. Ketika terjadi konflik kepentingan mulai dipertengkarkan siapa yang salah, siapa yang melanggar, siapa yang berhak, apa hukumnya. Di sinilah baru dipersoalkan hukum. Hukum pada hakikatnya baru timbul (untuk dipermasalahkan) kalau terjadi pelanggaran kaidah hukum, konflik, kebatilan atau "tidak hukum". Kalau segala sesuatu berlangsung dengan tertib, lancar tanpa terjadinya konflik atau pelanggaran hukum, maka tidak akan ada orang mempersoalkan hukum. Jadi, *raison d'etre*-nya hukum adalah konflik kepentingan manusia, *conflict of human interest*.[29]

28 Raison d'être (French pronunciation:) is a French phrase meaning "reason for existence", Diakses dari situs http://en.wikipedia.org/wiki/Raison_d%27%C3%AAtre pada hari Sabtu 24 September 2011 Pukul 23.19 WITA.

29 Disarikan dari Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal.30-31.

B. HUBUNGAN MASYARAKAT, NEGARA, DAN HUKUM

Sekali disebutkan bahwa kaidah-kaidah hukum (dan juga kaidah lainnya) diperlukan dalam menciptakan ketertiban dan keteraturan dalam masyarakat. Di dalam masyarakat pasti ada yang disebut dengan "hukum". Cicero, pemikir pada zaman Romawi Kuno pernah menyebutkan sebuah adagium "*ubi societas ibi ius*" yang kalau diartikan "di mana ada masyarakat disitu ada hukum". Teori Cicero ini didukung oleh Van Apeldoorn yang mengatakan bahwa "hukum ada di seluruh dunia, di mana ada masyarakat manusia".[30]

Dari kedua teori di atas, jika dikaitkan dengan konteks negara, pertanyaannya menjadi "apa hubungan antara masyarakat, negara dan hukum?". Untuk menjawab pertanyaan tersebut, perlu untuk dikupas satu per satu hubungan diantara ketiganya. Pertama dilihat terlebih dahulu hubungan antara masyarakat dan negara. Jika merujuk pada pengertian negara adalah suatu masyarakat yang diintegrasikan karena mempunyai wewenang yang bersifat memaksa dan yang secara sah lebih agung daripada individu atau kelompok yang merupakan bagian dari masyarakat itu (Harold J. Laski). Atau merujuk pada pemahaman sederhana bahwa negara adalah kekuasaan terorganisir yang mengatur masyarakat hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan tertentu demi kesejahteraan bersama,[31] maka tampak sekali hubungan diantara keduanya, bahwa masyarakat (yang terdiri dari kumpulan individu/manusia) adalah bagian dari negara (salah satu unsur persyaratan terbentuknya negara) dan negara memiliki kekuasaan dan kewenangan untuk mengatur masyarakatnya agar dapat mewujudkan cita dan tujuan dari masyarakat dan negara tersebut.

Bahwa dalam konteks hubungan antara negara dan hukum *an sich*, Mac Iver[32] mengemukakan teorinya "bahwa negara adalah anak, tetapi juga orang tua dari hukum". Maksudnya bahwa negara adalah anak dari hukum, artinya negara dilahirkan oleh hukum. Di samping itu, negara adalah orang tua dari hukum, maksudnya bahwa negara melahirkan

30 Lihat Bachsan Mustafa, Op cit., hal.12.

31 Lihat I Gede Pantja Astawa dan Suprin Na'a, Memahami Ilmu Negara dan Teori Negara, Refika Aditama, Bandung, 2009, hal. 4-5.

32 Mac Iver, The Modern State, Oxford University Press, t.t. diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia Oleh Moertono, Negara Modern, Jakarta: Bina Aksara, 1988, hal. 245. Lebih lanjut tentap pendapat Mac. Iver, Lihat pada pembahasan BAB berikutnya pada pembahasan Hukum Tata Negara di Definisi Hukum Tata Negara.

hukum.[33] Dari pemahaman atas ulasan satu per satu hubungan di antara ketiganya, dapat disimpulkan bahwa masyarakat (yang terdiri dari kumpulan individu/manusia) adalah bagian dari negara (salah satu unsur persyaratan terbentuknya negara) dan negara memiliki kekuasaan dan kewenangan untuk mengatur masyarakatnya melalui pranata/media hukum agar cita dan tujuan dari masyarakat dan negara tersebut dapat mewujudkan. Dalam bahasa yang lebih sederhana, bahwa masyarakat merupakan bagian dari negara dan negara memiliki kekuasaan untuk membentuk hukum yang mengatur masyarakat demi terwujudnya cita dan tujuan masyarakat dan negara tersebut.

33 Lihat Bachsan Mustafa, Op.cit., hal.17.

BAB 5 TUJUAN DAN FUNGSI HUKUM

A. TUJUAN HUKUM

Dari sekian banyak pendapat yang ada mengenai tujuan hukum, apabila hendak diinventarisasi hanyalah terdapat 2 teori, yaitu **teori etis** dan t**eori utilitas**. Kedua teori ini merupakan landasan dari teori atau pendapat lainnya, dan terori lainnya itu merupakan varian atau kombinasi dari teori etis dan/atau teori utilitas.[34]

1. Teori Etis

Filsuf Aristoteles memperkenalkan teori etis dalam bukunya yang berjudul Rhetorica dan Ethica Nicomachea. Teori ini berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan. Keadilan di sini adalah *ius suum cuique tribuere* (slogan lengkapnya *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*) yang dapat diartikan "memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya". Selanjutnya Aristoteles membagi keadilan menjadi 2, yaitu keadilan komutatif (keadilan yang memberikan kepada tiap orang menurut jasanya) dan keadilan distributif (keadilan yang memberikan jatah kepada setiap orang sama banyaknya tanpa harus mengingat jasa-jasa perseorangan).[35]

34 Disarikan dari Dudu Duswara Machmudin, Op,cit., hal. 23.

35 Ibid., hal. 23-24. Dalam buku ini disebutkan bahwa selain keadilan distributif dan komutatif, pakar hukum lain juga membedakan keadilan menjadi beberapa jenis, antara lain keadilan vindikatif, keadilan kreatif, keadilan protektif, dan keadilan legalis. Bandingkan dengan teori keadilan John Rawls sebagai berikut Pada hakikatnya pendekatan Rawls, yakni: Bayangkan sekelompok orang sedang memilih prinsip-prinsip untuk mengevaluasi keadilan struktur dasar masyarakatnya. Yang jelas, jika prinsip tersebut harus adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil, mereka harus dipilih di suatu situasi yang dalam dirinya adil. Artinya, tak seorangpun diperbolehkan mendominasi pilihan atau memanfaatkan kesempatan yang tidak adil seperti kelebihan dari anugerah alamiah atau posisi sosialnya. Karena itu, prinsip keadilan merupakan hasil dari pilihan yang setara-" keadilan sebagai kesetaraan." Rawls berpendapat bahwa di bawah kondisi yang demikian, pihak-pihak yang memilih di dalam posisi awal akan memilih dua prinsip keadilan. Pertama, mereka akan berfokus untuk mengamankan kebebasan mereka agar tetap setara sehingga akan memilih

Disebut dengan toeri etis karena isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita mengenai mana yang adil dan mana yang tidak adil. Teori ini oleh L. J. Van Apeldoorn dianggap berat sebelah karena terlalu mengagungkan keadilan yang pada akhirnya tidak akan mampu membuat peraturan umum. Sedangkan peraturan umum itu merupakan sarana untuk kepastian dan tertib hukum.[36]

2. Teori Utilitas

Jeremy Bentham, seorang pakar hukum asal Inggris, mengemukakan bahwa hukum bertujuan untuk mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (efektif). Adagium yang terkenal adalah "*the greatest happiness for the greatest number*" (kebahagiaan terbesar untuk jumlah yang terbanyak). Teori ini sangat mengagung-agungkan kepastian hukum dan memerlukan adanya peraturan yang berlaku umum, maka munculah semboyan yuridis terkenal yang dikumandangkan oleh Ulpianus dalam Digesta "*lex dura sed tament scripta*" atau "*lex dura sed ita scripta*" yang kalau diterjemahkan artinya "undang-undang itu keras, akan tetapi memang sudah ditentukan demikian bunyinya".[37]

Kedua teori di atas, mengandung kelemahan yang sama, yaitu tidak seimbang atau berat sebelah. Akibat mengagungkan keadilan, maka teori etis mengabaikan kepastian hukum. Apabila kepastian hukum terabaikan, maka ketertiban akan terganggu. Padahal justru dengan ketertiban. Keadilan dapat terwujud dengan baik. Sebaliknya, karena terlalu mengagungkan kegunaan, teori utilitas mengabaikan keadilan. Justru hukum dapat berfaedah, apabila sebanyak mungkin menegakkan keadilan.[38]

Berdasar dari kelemahan-kelemahan kedua teori tersebut, muncul banyak teori-teori turunan atau gabungan dari kedua teori tersebut, yang tidak terlalu menonjolkan keadilan atau menonjolkan kemanfaatan. Sampai hari ini pun, perkembangan teori tujuan hukum masih tetap berlangsung. Beberapa contoh dari perkembangan teori tujuan hukum

---

suatu prinsip guna mengantisipasinya:

36 Ibid., hal. 25-26. Baca juga, L.J. Van Apeldoorn, Pengantar Ilmu Hukum, Jakarta: Pradnya Paramita, 1996, hal. 10-17

37 Ibid., hal. 26-27.

38 Ibid., hal. 27.

yang dapat dipakai untuk mendalami makna sebenarnya dari tujuan hukum[39] antara lain:

1. Betapa pun, tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Oleh karena itulah perlu dirujuk pandangan Ulpianus yang menyatakan: *iuris praecepta sunt haec*: *honeste vivere*, *alterum non-ladere*, *suum cuique tribuere* yang kalau diterjemahkan secara bebas artinya "perintah hukum adalah: hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapatkan bagiannya.[40]
2. Dalam perbincangan mengenai tujuan hukum ini, perlu juga dikemukakan pendapat Bellefroid yang menyatakan "*het recht beoogt de geestelijke, zedelijke en stoffelijke behoeften der gemenschaap op passende wijze te bevredigen of ook: de persoonlijkheid der mensen in het gemeenschapsleven te volmaken, d.w.z. de gemeenschap zo te ordenen, dat de persoon zijn geestelijke, zedelijke, en lichamelijke vermogens daarin ontplooien en tot hun hoogste ontwikkeling brengen*" (Terjemahan Bebas: hukum berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakatnya, atau juga meningkatkan kepribadian individu-individu dalam hidup bermasyarakat.

   Dengan demikian, apabila dikatakan bahwa masyarakat dalam keadaan tertib berarti setiap orang di dalam masyarakat tersebut dapat mengembangkan keadaannya baik secara jasmani, pikiran, maupun rohaninya).[41]
3. Inilah maksud dan tujuan hukum yang sebenar-benarnya. Hukum menghendaki kerukunan dan perdamaian dalam pergaulan hidup

39 Baca Juga, pendapat Imam al-Ghazali tentang tujuan Hukum Islam yang memandang bahwa suatu kemaslahatan harus sejalan dengan tujuan syara', sekalipun bertentangan dengan tujuan-tujuan manusia, karena kemaslahatan manusia tidak selamanya didasarkan kepada kehendak syara', tetapi sering didasarkan kepada kehendak hawa nafsu. Misalnya, di zaman jahiliyah para wanita tidak mendapatkan bagian harta warisan yang menurut mereka hal tersebut mengandung kemaslahatan, sesuai dengan adat istiadat mereka, tetapi pandangan ini tidak sejalan dengan kehendak syara'; karenanya tidak dinamakan mashlahah. Oleh sebab itu, menurut Imam al-Ghazali, yang dijadikan patokan dalam menentukan kemaslahatan itu adalah kehendak dan tujuan syara', bukan kehendak dan tujuan manusia. Tujuan syara' yang harus dipelihara teresbut, lanjut al-Ghazali, ada lima bentuk yaitu: memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Apabila seseorang melakukan suatu perbuatan yang pada intinya untuk memelihara kelima aspek tujuan syara' di atas, maka dinamakan Mashlahah. Lihat, Nasrun Haroen, Ushul Fiqh, Cet. I, Jakarta: Logos, 1996, hal. 114.

40 Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 162.

41 Ibid.

bersama. Hukum itu mengisi kehidupan yang jujur dan damai dalam seluruh lapisan masyarakat.[42]

4. Perundang-undangan tertua yang diketahui dari studi hukum ialah perundangan Hammourabi, Raja Babylonia (± 2000 tahun SM). Maksud tujuan hukum dalam perundang-undangan itu, berintikan ketentuan yang menyatakan "janganlah hendaknya yang kuat merugikan yang lemah".[43]
5. Tujuan hukum versi teori pengayoman (pengayoman sebagai lambang keadilan yang disimbolkan dengan Pohon Beringin. Ditemukan oleh Menteri Kehakiman Sahardjo untuk menggantikan simbol keadilan negara barat yang dirupakan oleh Dewi Themis (puteri Ouranos dan Gala). Menurut teori pengayoman tujuan hukum adalah untuk mengayomi manusia baik secara aktif maupun pasif. Secara aktif dimaksudkan sebagai upaya untuk menciptakan suatu kondisi kemasyarakatan yang manusiawi dalam proses yang berlangsung secara wajar. Sedangkan yang dimaksud dengankan secara pasif, adalah mengupayakan pencegahan atas tindakan yang sewenang-wenang dan penyalahgunaan hak. Usaha mewujudkan pengayoman tersebut termasuk di dalamnya adalah: a). Mewujudkan ketertiban dan keteraturan, b). Mewujudkan kedamaian sejati, c). Mewujudkan keadilan, dan d). Mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial.[44]

B. FUNGSI HUKUM

Sama halnya dengan pembahasan akan tujuan hukum, pembahasan mengenai fungsi hukum juga beraneka ragam. Pada umumnya yang dimaksud dengan fungsi adalah adalah tugas, hukum berperan sedemikian rupa sehingga segala sesuatunya berjalan dengan tertib dan teratur, sebab hukum menentukan dengan tegas hak dan kewajiban mereka masing-

42 Soedjono Dirdjosisworo, Pengantar Ilmu Hukum, Jakarta: PT.RajaGrafindo Persada, 2010, hal. 17.

43 Ibid.

44 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 28. Secara khusus mengenai kisah "Pohon Beringin yang menggantikan Dewi Themis" dan biodata singkat Dr. Sahardjo, SH. dapat dibaca dalam artikel berjudul "Dr Saharjo, Menolak Dewi Keadilan Demi Pohon Beringin" yang dapat diakses pada situs http://hukumonline.com/berita/baca/hol23198/dr-saharjo-menolak-dewi-keadilan-demi-pohon-beringin.

masing. J.P. Glastra van Loon menyebutkan bahwa fungsi hukum yaitu:[45]

a. Menertibkan masyarakat dan pengaturan pergaulan hidup;
b. Menyelesaikan pertikaian;
c. Memelihara dan mempertahankan tata tertib dan aturan-aturan, jika perlu dengan kekerasan;
d. Mengubah tata tertib dan aturan-aturan dalam rangka penyesuaian dengan kebutuhan masyarakat;
e. Memenuhi tuntutan keadilan dan kepastian hukum dengan cara merealisasi fungsi di atas.

Sjachran Basah berpendapat bahwa fungsi hukum dalam kehidupan masyarakat terutama di Indonesia mempunyai panca fungsi, yaitu:[46]

a. Direktif, sebagai pengarah dalam membangun untuk membentuk masyarakat yang hendak dicapai sesuai dengan tujuan kehidupan bernegara;
b. Integratif, sebagai pembina kesatuan bangsa;
c. Stabilitatif, sebagai pemelihara (termasuk di dalamnya hasil-hasil pembangunan) dan penjaga keselarasan, keserasian, dan keseimbangan dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat;
d. Perfektif, sebagai penyempurna terhadap tindakan-tindakan administrasi negara, maupun sikap tindak warga dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat;
e. Korektif, baik terhadap warga negara maupun administrasi negara dalam mendapatkan keadilan.

Dalam literatur lain disebutkan bahwa fungsi hukum adalah:[47]

a. Sebagai alat ketertiban dan keteraturan masyarakat;
b. Sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan sosial lahir batin;
c. Sebagai sarana penggerak pembangunan;
d. Sebagai kritis dari hukum.

Membahas mengenai fungsi hukum menarik juga untuk disimak pernyataan Mochtar Kusumaatmadja tentang peranan hukum "Peranan hukum dalam pembangunan adalah untuk menjamin bahwa perubahan itu terjadi dengan cara yang teratur. Ada anggapan yang boleh dikatakan

45 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 51-52.
46 Ibid., hal. 52.
47 Lihat Soedjono Dirdjosisworo, Op.cit., hal. 154-156.

hampir merupakan keyakinan bahwa perubahan yang teratur demikian dapat dibantu oleh perundang-undangan atau keputusan pengadilan atau kombinasi dari kedua-duanya. Perubahan yang teratur melalui prosedur hukum, baik ia berwujud perundang-undangan atau keputusan badan-badan peradilan lebih baik daripada perubahan yang tak teratur dengan menggunakan kekerasan semata-mata. Karena baik perubahan maupun ketertiban (atau keteraturan) merupakan tujuan kembar daripada masyarakat yang sedang membangun maka hukum menjadi suatu alat yang tak dapat diabaikan dalam proses pembangunan".[48]

Lebih lanjut tentang fungsi hukum menurut Achmad Ali, antara lain:

1. fungsi hukum sebagai "*a tool of social control*",
2. fungsi hukum sebagai "*a tool of social engineering*",
3. fungsi hukum sebagai simbol,
4. fungsi hukum sebagai "*a political instrument*",
5. fungsi hukum sebagai integrator.[49]

Adapun penjelasan dari kelima fungsi hukum di jelaskan sebagai berikut:

1. Fungsi Hukum sebagai "*a tool of social control***"**

Maksud dari hukum sebagai pengendali sosial, yaitu:

a. Fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, tidaklah sendirian di dalam masyarakat, melainkan menjalankan fungsi itu bersama-sama dengan pranata-pranata sosial lainnya yang juga melakukan fungsi pengendalian sosial,
b. fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial merupakan fungsi "pasif" di sini artinya hukum yang menyesuaikan diri dengan kenyataan masyarakat.[50]

Selanjutnya menurut Achmad Ali, bahwa terlaksana atau tidak terlaksananya fungsi hukum sebagai alat pengendalian sosial, ditentukan oleh dua hal:

a. faktor antara hukumnya sendiri,
b. faktor pelaksana (orang) hukumnya.

48 Mochtar Kusumaatmadja, Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional, Bandung: Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjajaran; diedarkan oleh Penerbit Bina Cipta, 1986, hal. 3. Kata "Perubahan" tetap ditulis seperti tulisan aslinya dalam buku.

49 Achmad Ali, Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis), Cet. II,, Jakarta: PT Gunung Agung, 2002, hal. 86.

50 Ibid., hal. 88

Berkaitan dengan ini, dikenal pemeo dari pakar hukum Prof. Dr. A. Zainal Abidin Farid, S.H, bahwa:

"Kalau saya disuruh memilih antara hukum yang baik dengan pelaksanaan yang buruk, dan hukum yang buruk dengan pelaksanaan yang baik, maka saya akan memilih hukum yang buruk dengan pelaksanaan yang baik. Tetapi tentu lebih baik lagi jika baik antara hukumnya maupun pelaksanaannya baik".[51]

2. Fungsi Hukum sebagai "*a tool of social engineering***"**

Perubahan pada hukum baru akan terjadi apabila dua unsurnya telah bertemu pada satu titik singgung. Kedua unsur tersebut adalah (1) keadaan baru yang timbul dan (2) kesadaran akan perlunya perubahan pada masyarakat yang bersangkutan itu sendiri, atau dalam kata-kata Sinzheimer sendiri: "Syarat-syarat bagi terjadinya perubahan pada hukum itu baru ada, manakala dengan terjadinya perubahan-perubahan (timbulnya hal-hal yang baru) itu timbul emosi-emosi pada pihak-pihak yang terkena, yang dengan demikian akan mengadakan langkah-langkah menghadapi keadaan itu serta menuju kepada bentuk-bentuk kehidupan yang baru.[52]

Peranan yang dilakukan oleh hukum untuk menimbulkan perubahaan-perubahan di dalam masyarakat dapat dilakukan melalui dua saluran, yaitu langsung dan tak langsung. Di dalam peranannya yang tak langsung maka hukum misalnya dapat menciptakan lembaga-lembaga di dalam masyarakat yang pada gilirannya nanti akan menyebabkan timbulnya perubahan-perubahan di dalam masyarakat.[53] Hukum yang mengatur tentang pendirian lembaga-lembaga pendidikan yang modern mulai dari sekolah dasar sampai ke perguruan tinggi menyebabkan bahwa banyak anggota masyarakat akan memperoleh pendidikan yang modern yang berarti berkenalan dengan pemikiran-pemikiran yang modern di dunia dalam berbagai macam bidang. Barang tentu penyebaran pikiran-pikiran seperti itu akan mendorong diambilnya tindakan-tindakan yang merubah susunan dan

51 Ibid., hal. 89

52 Satjipto Rahardjo, Hukum dan Masyarakat, Bandung: Angkasa, 1994, hal. 101.

53 Soerjono Soekanto, Pengantar Sosiologi Hukum, Jakarta: Bhratara, 1973, hal. 99.

hubungan-hubungan di dalam masyarakat, yang berarti terjadinya perubahan sosial.

Di samping dengan cara yang demikian itu, maka hukum juga dapat menjadi perantara yang langsung bagi terjadinya perubahan sosial. Dengan pengundangan Undang-Undang Tentang Ketentuan Pokok Agraria, maka hukum telah menimbulkan semacam revolusi di bidang pertanahan di Indonesia. Status tanah yang semula pluralistik sekarang dirubah menjadi *unifrom.* Batas-batas luas pemilikan tanah ditentukan. Kriteria pemilik tanah juga ditetapkan. Kesemuanya ini menimbulkan perombakan di dalam bidang pemilikan tanah. Undang-Undang Perkawinan juga dapat dimasukkan ke dalam kategori ini, oleh karena ia menimbulkan suatu prosedur dan tertib baru dalam bidang perkawinan yang sebelumnya pengaturannya dilakukan secara sektoral.[54]

Yang penting kita ketahui dalam fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial, adalah bahwa terjadinya perubahan sosial tidak mungkin semata-mata dilakukan oleh hukum, sehingga kalau kita ingin melihat peranan hukum dalam perubahan sosial, hal itu hendaknya kita lihat dari sudut kemampuan hukum untuk melakukan "***initial push***" (istilah dari **Arnold M.Rose**). Terjadinya perubahan sosial melalui suatu proses yang cukup kompleks serta tidak merupakan hasil hubungan yang langsung antara suatu faktor tertentu dengan suatu kejadian. Kompleksitas ini misalnya ditunjukkan melalui kemampuan suatu akibat untuk juga mempengaruhi dan memodifikasi penyebabnya.

Jadi, peranan hukum yang diharapkan sebagai alat untuk mengubah masyarakat sebagai alat rekayasa sosial, tidak lain menempatkan hukum itu sebagai motor yang nantinya akan menyebarkan dan menggerakkan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum tersebut. Jadi, bekerjanya hukum bukan hanya merupakan fungsi perundang-undangan belaka, melainkan juga aktivitas birokrasi pelaksanaannya.[55]

3. Fungsi Hukum sebagai Simbol

Simbolis itu mencakup proses-proses dalam mana seseorang menerjemahkan atau menggambarkan atau mengartikan dalam

54 Satjipto Rahardjo, Op.cit., hal. 114

55 Achmad Ali, Op.cit., hal. 97

suatu istilah yang sederhana tentang perhubungan sosial serta fenomena-fenomena lainnya yang timbul dari interaksinya dengan orang lain. Contohnya dalam hukum: Seseorang yang mengambil barang orang lain dengan maksud memiliki, dengan jalan melawan hukum, oleh hukum pidana disimbolkan sebagai tindakan pencurian yang seyogianya dihukum.[56]

4. **Fungsi Hukum sebagai Alat Politik**
   Dalam sistem hukum kita di Indonesia, undang-undang adalah produk bersama DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) dan pemerintah. Kenyataan ini tak mungkin disangkal betapa para politisilah yang memprodukkan undang-undang (bukan tertulis).[57]

5. **Fungsi Hukum sebagai Mekanisme untuk Integrasi**
   Hukum berfungsi sebagai mekanisme untuk melakukan integrasi terhadap berbagai kepentingan warga masyarakat, dan juga berlaku baik jika tidak ada konflik maupun setelah ada konflik. Namun demikian harus diketahui bahwa dalam penyelesaian konflik-konflik kemasyarakatan, bukan hanya hukum satu-satunya sarana pengintegrasi, melainkan masih terdapat sarana pengintegrasi lain seperti kaidah agama, kaidah moral, dan sebagainya.
   Salah satu pakar yang memiliki teori tentang hukum ini, adalah **Harry C.Bredemeler** yang memandang "*a law as an integrative mechanism*". Adapun kerangka yang digunakan oleh Bredemeier dalam membangun analisisnya tentang fungsi hukum sebagai mekanisme pengintegrasi atau integrator, ditumbuhkan dari analisisnya tentang fungsi-fungsi hukum serta hubungannya dengan fungsi subsistem lain yang terdapat di dalam masyarakat, yang awalnya adalah bersumber dari kerangka yang dibangun oleh Talcott Parson dan rekan-rekannya, terutama sekali seperti yang dituliskannya di dalam *Economy and Society*.[58]

Demikianlah beberapa pendapat-pendapat tentang fungsi hukum, penting juga untuk dipikirkan secara bersama-sama dan komprehensif tata cara atau metode agar hukum dapat berfungsi sebagaimana mestinya.

56 Ibid., hal. 97-98.
57 Ibid., hal. 98.
58 Ibid., hal. 101

BAB 6

ILMU HUKUM

A. HAK DAN KEWAJIBAN

Hukum dapat diidentikkan dengan hak dan kewajiban, hal ini dikarenakan secara substansi, hukum memang memberikan hak dan kewajiban kepada manusia. Pertanyaannya adalah "apa definisi hak?" dan "apa definisi kewajiban?".

Hak adalah wewenang yang diberikan hukum objektif (hukum yang berlaku umum) kepada subjek hukum. Wewenang yang diberikan kepada subjek hukum ini contohnya wewenang untuk memiliki tanah dan bangunan yang penggunaannya diserahkan kepada pemilik itu sendiri. Ia dapat berbuat apa saja terhadap tanah dan bangunan tersebut, asalkan tidak bertentangan dengan kaidah-kaidah yang berlaku. Kewenangan untuk berbuat itulah yang biasa disebut hak.[59]

Pada dasarnya, agak sulit untuk mencari definisi tunggal dari "hak". Peter Mahmud Marzuki dalam bukunya Pengantar Ilmu Hukum, memberikan beragam definisi hak dari berbagai sudut pandang teori. Dalam pandangan teori berbasis hak, hak merupakan sesuatu yang tak terpisahkan dari hakikat kemanusiaan itu sendiri.[60]

Selanjutnya, terdapat 2 teori yang mencoba mendefinisikan hak melalui pendekatan teori hakikat hak. Teori yang pertama adalah teori kehendak dan yang kedua adalah teori kepentingan atau kemanfaatan. Teori kehendak dianut oleh mereka yang berpandangan bahwa tujuan hukum memberikan sebanyak mungkin kepada individu kebebasan apa yang dikehendakinya. Teori ini memandang bahwa pemegang hak dapat berbuat apa saja atas haknya. Sedangkan dari sudut pandang teori kepentingan atau kemanfaatan, Rudolf von Ihering sebagai salah satu

59 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 53.

60 Baca Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 174.

penganutnya mendefinisikan hak sebagai kepentingan-kepentingan yang dilindungi hukum. GW Paton dalam menelaah kedua teori tersebut berpendapat bahwa esensi hak bukanlah kekuasaan yang dijamin oleh hukum, melainkan kekuasaan yang dijamin oleh hukum untuk merealisasi suatu kepentingan. Sejalan dengan pandangan Paton, Meijers mendefinisikan hak sebagai suatu kewenangan seseorang yang diakui oleh hukum untuk menunaikan kepentingannya.[61]

Menarik juga untuk mendalami pandangan Ronald Dworkin tentang hak. Menurut Dworkin "*rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that the state a goal for the community as a whole*" (terjemahan bebas: hak paling tepat dipahami sebagai nilai yang paling tinggi atas justifikasi latar belakang bagi keputusan politis yang menyatakan suatu tujuan bagi masyarakat secara keseluruhan). Dworkin jelas-jelas menempatkan hak sebagai sesuatu yang harus dijunjung tinggi oleh siapa pun.[62]

Pada bagian akhir pembahasan mengenai pengertian hak, Peter Mahmud Marzuki menuliskan yang pada intinya dari pandangan-pandangan yang dikemukakan, kiranya pandangan Dworkin yang sesuai dengan hakikat hak itu sendiri. Pandangan Dworkin menguatkan argumentasi pernyataan Peter Mahmud Marzuki bahwa bukan hak diciptakan oleh hukum, melainkan hak yang memaksa adanya hukum. Keberadaan hak tidak dapat dilepaskan dari hakikat kemanusiaan itu sendiri yang adalah ciptaan Allah. Hak, dengan demikian, merupakan satu paket dalam penciptaan manusia sebagai makhluk yang mempunyai aspek fisik dan aspek eksistensial. Diakui atau tidak oleh hukum, hak itu tetap saja ada sebagai bagian dari keberadaan manusia itu sendiri.[63]

Mengenai macam-macam hak dapat ditinjau dari beberapa segi yaitu:[64]

1. Eksistensi hak itu sendiri (hak orisinal dan hak derivatif)
   Hak yang melekat pada manusia yang diciptakan satu paket oleh Allah dengan manusia disebut hak orisinal (contoh hak hidup, hak atas kebebasan, dan hak milik). Hak-hak orisinal inilah yang kemudian melahirkan hak derivatif, yaitu hak-hak yang

61 Ibid., hal. 175-176.
62 Ibid., hal. 178.
63 Ibid., hal. 180.
64 Ibid., hal. 185-210.

merupakan bentukan hukum (contoh hak menghirup udara segar merupakan derivasi dari hak hidup, hak sewa merupakan derivasi dari hak milik, dan lain-lain).

2. Keterkaitan hak dengan kehidupan bernegara (hak dasar dan hak politik)

   Hak dasar adalah hak-hak yang dimiliki setiap orang dan dijamin bebas dari suasana campur tangan negara. Hak-hak yang tertuang dalam Magna Charta, *Virginia Bill of Rights, dan La Declaration des Droits des l'Hommes et du Citoyens* seperti hak hidup bebas, hak kebebasan, hak keamanan, hak untuk melakukan semua yang tidak merugikan orang lain, dan lain-lain adalah hak-hak dasar.

   W. Duk membedakan antara hak dasar yang bersifat klasik dengan hak dasar sosial. Pada hak dasar yang bersifat klasik, terdapat kewajiban bagi pemerintah untuk tidak melakukan apa-apa untuk melindungi manusia dan warga negara, maksudnya organ-organ pemerintah tidak boleh membuat aturan hukum atau aturan lainnya yang meniadakan hak-hak itu. Sedangkan pada hak-hak dasar sosial justru terdapat kewajiban pemerintah untuk melakukan segala sesuatu dalam melindungi manusia dan warganya. Kebebasan beragama merupakan salah satu contoh dari hak dasar yang bersifat klasik, sedangkan sejauh ini apa yang disebut sebagai hak dasar sosial dapat dikatakan sebagai tuntutan-tuntutan warga negara kepada penguasa. Tuntutan-tuntutan itu berupa bahwa semua organ pemerintah harus mewujudkan tujuan sebagaimana terdapat pada teks-teks tempat hak-hak dasar tersebut dituangkan. Akan tetapi ukuran dilaksanakannya apa yang tertuang dalam teks itu bukan berupa hasil yang dicapai, melainkan pemerintah telah berusaha dengan cara yang memadai dan dengan segenap usaha telah melaksanakannya.

   Di samping memiliki hak dasar sebagai individu, warga negara juga mempunyai hak politik berupa untuk ikut serta baik secara langsung maupun tidak langsung dalam penyelenggaraan pemerintahan. Hak untuk dipilih atau memilih menjadi anggota parlemen adalah salah satu contoh dari hak politik ini.

3. Keterkaitan hak dengan kehidupan bermasyarakat (hak privat yang terdiri dari hak absolut dan hak relatif.

Hak-hak privat dibedakan antara hak absolut dan hak relatif. Pembedaan itu mengenai 3 hal, pertama, hak absolut dapat diberlakukan kepada setiap orang sedangkan hak relatif hanya berlaku untuk seseorang tertentu. Kedua, hak-hak absolut memungkinkan pemegangnya untuk melaksanakan apa yang menjadi substansi haknya melalui hubungan dengan orang lain. Sisi balik dari hak absolut ini adalah orang lain tidak boleh melakukan pelanggaran atas kesempatan yang dimiliki oleh pemegang hak tersebut. Sedangkan hak relatif menciptakan tuntutan/kewajiban kepada orang lain untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Ketiga, objek hak absolut pada umumnya benda (berwujud maupun tidak berwujud), sedangkan objek hak relatif adalah prestasi yaitu memberikan sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Hak absolut dapat dibagi menjadi hak pribadi (contoh hak hidup, hak untuk diakui sebagai pencipta atas karyanya, dan lain-lain), hak kekeluargaan (contoh hak kekuasaan orang tua, hak perwalian, dan lain-lain), hak kebendaan (contoh hak milik, hak guna bangunan, hak pakai, dan lain-lain), dan hak atas barang-barang tidak berwujud (contoh hak atas kekayaan intelektual). Dalam pergaulan hidup sehari-hari, orang seringkali menyebut kata privasi (*privacy*), "apa privasi (*privacy*) itu?". Dilihat dari segi karakternya, sebenarnya privasi (*privacy*) masuk ke dalam bilangan hak dasar karena melekat pada aspek eksistensial manusia. Perbincangan mengenai privasi (*privacy*) baru marak dengan terbitnya tulisan Warren dan Brandeis *The Right to Privacy pada Harvard Law Journal* tahun 1890. Secara umum *privacy* diartikan sebagai *the right of a person to be free from unwarranted publicity*. Hak atas *privacy* meliputi kesendirian seseorang, komunikasi yang dilakukan oleh seseorang, data seseorang, dan personal seseorang. Dalam berbagai kasus yang terjadi, perkembangan teknologi adalah salah satu faktor penyebab terjadinya pelanggaran *privacy*. Kebebasan untuk mengakses informasi publik tidak boleh melanggar hak atas *privacy*.

Berbicara "hak", tidak cukup hanya definisi dan macam-macamnya saja, persoalan penyalahgunaan hak (*misbruik van recht, abus*

de droit) juga merupakan persoalan yang krusal untuk dibahas. Suatu adagium kuno berbunyi *neminem laedit qui sui iure utitur* (terjemahan bebas: tidak seorang pun dirugikan oleh penggunaan hak). Simak juga ungkapan Gaius, ahli hukum Romawi Kuno, yang mengatakan *male enim nostro iure uti non debimus* (terjemahan bebas: memang, kita tidak boleh menggunakan hak kita untuk tujuan tidak baik).[65] Dari kedua ungkapan tersebut dapat disimpulkan bahwa penggunaan suatu hak atau kewenangan harus merupakan suatu tindakan menurut hukum dan tidak merugikan orang lain. Korupsi adalah contoh paling populer untuk penyalahgunaan hak ini. Berikutnya adalah pembahasan tentang "kewajiban". Sederhananya kewajiban adalah beban yang diberikan oleh hukum kepada orang atau badan hukum. Misalnya kewajiban bagi seorang PNS untuk membayar pajak penghasilan sesuai dengan ketentuan perpajakan yang berlaku.[66] Literatur lain mengatakan bahwa yang dinamakan kewajiban ialah suatu beban yang bersifat kontraktual.[67] Penulis sendiri berpendapat bahwa kewajiban adalah segala sesuatu yang harus dilakukan oleh seseorang, tidak hanya yang diberikan oleh kaidah/norma hukum saja, tetapi juga beban untuk harus melakukan sesuatu yang diberikan oleh kaidah/norma agama, kaidah/norma kesusilaan, dan kaidah/norma kesopanan. Apabila seseorang tersebut tidak melaksanakan kewajiban-kewajiban tersebut, seseorang tersebut akan mendapat sanksi/ganjaran sesuai dengan kaidah/norma yang dilanggarnya.

B. KEADILAN

Seperti halnya akan hak dan kewajiban, pembahasan mengenai keadilan akan menjadi pembahasan yang seolah-olah tidak pernah ada habisnya. Kehidupan seorang manusia tidak akan pernah lepas dari pertanyaan dan pernyataan "apakah saya sudah mendapatkan keadilan?", "ini adil versi siapa, saya atau kamu?", "ini sangat tidak adil!", "saya butuh keadilan",

65 Ibid., hal. 181.
66 Baca Dudu Duswara Mahmudin, Op.cit., hal 54.
67 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 49.

kecaman-kecaman terhadap subjek lainnya tentang keadilan juga sering terlontar "ah wasitnya tidak adil, berat sebelah, pantas saja dia bisa menang", "gimana sih ibu ini, koq kasih nilai saya D, padahal saya kan sudah ngumpulin tugas, ibu ini ndak adil" atau bahkan karena khilaf atau memang tipis imannya seseorang pernah mengatakan "Tuhan tidak Adil", padahal kita ketahui bahwa Tuhan Maha Adil dan Tuhan tidak mungkin salah dalam memberikan sesuatu kepada hamba-Nya. Lantas apakah yang dinamakan adil atau keadilan itu?.

Pemaknaan terhadap adil atau keadilan memerlukan proses perenungan dan pemahaman yang tidak sebentar, seseorang bisa saja merasakan adil atau ketidak adilan dalam waktu yang berbeda atau bersamaan. Pencarian terhadap hakikat adil atau keadilan yang sebenar-benarnya akan terus berlangsung selama manusia tersebut hidup di dunia ini, barulah setelah di akhirat manusia tersebut akan merasakan adil yang se-adil-adilnya. Hanya Pengadilan Tuhan yang mampu memberikan itu.

Persoalan memikirkan makna keadilan ini telah lama menjadi objek pemikiran setiap manusia. Paling umum adalah teori keadilan oleh Filsuf Aristoteles yang memperkenalkan teori etis dalam bukunya yang berjudul Rhetorica dan Ethica Nicomachea. Teori ini berpendapat bahwa tujuan hukum itu semata-mata untuk mewujudkan keadilan. Keadilan di sini adalah *ius suum cuique tribuere* (slogan lengkapnya *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*) yang dapat diartikan "memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagian atau haknya". Selanjutnya Aristoteles membagi keadilan menjadi 2, yaitu keadilan komutatif (keadilan yang memberikan kepada tiap orang menurut jasanya) dan keadilan distributif (keadilan yang memberikan jatah kepada setiap orang sama banyaknya tanpa harus mengingat jasa-jasa perseorangan).[68]

Dalam perkembangannya, macam keadilan ini tidak hanya terbatas pada keadilan komutatif dan distributif saja, tetapi juga ada yang disebut keadilan vindikatif (memberikan ganjaran atau hukuman kepada seseorang atau lebih sesuai dengan kesalahan yang dilakukannya), keadilan kreatif (memberikan perlindungan kepada seseorang yang dianggap kreatif dalam menghasilkan karya ciptanya), keadilan protektif (memberikan bantuan dan perlindungan kepada setiap manusia sehingga

68 Dudu Duswara Mahmudin, Op.cit., hal. 23-24.

tidak seorang pun dapat diperlakukan sewenang-wenang), dan keadilan legalis (keadilan yang ingin diciptakan oleh undang-undang).[69]

C. MASYARAKAT HUKUM

Masyarakat hukum (*rechts sociale*) adalah sekelompok orang yang berdiam dalam suatu wilayah tertentu di mana di dalam kelompok tersebut berlaku serangkaian peraturan yang menjadi pedoman bertingkah laku bagi setiap anggota kelompok dalam pergaulan hidup mereka. Peraturan itu dibuat oleh kelompok itu sendiri dan berlaku bagi mereka sendiri.[70]

Pendapat lain menyatakan bahwa masyarakat hukum adalah himpunan berbagai kesatuan hukum (*legal unity*), yang satu sama lain terikat dalam suatu hubungan yang teratur. Kesatuan hukum membentuk masyarakat hukum itu dapat berupa individu, kelompok, organisasi, atau badan hukum negara, dan kesatuan-kesatuan lainnya. Sedangkan alat yang dipergunakan untuk mengatur hubungan antar kesatuan hukum itu disebut hukum, yaitu suatu kesatuan sistem hukum yang tersusun atas berbagai komponen. Pengertian ini merupakan refleksi dari kondisi objektif berbagai kelas masyarakat hukum, yang secara umum dapat diklasifikasikan atas 3 golongan utama, yaitu: masyarakat sederhana, masyarakat negara, dan masyarakat internasional.[71]

D. SUBJEK HUKUM

"Apa dan siapa subjek hukum itu? Subjek hukum adalah pendukung hak, yaitu manusia dan atau badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak. Suatu subjek hukum mempunyai kekuasaan untuk mendukung hak. Subjek hukum adalah segala sesuatu yang menurut hukum dapat memiliki hak dan kewajiban atau sebagai pendukung hak dan kewajiban. Menurut macamnya ada dua subjek hukum, yaitu manusia (*natuurlijke persoon*) dan badan hukum (*rechts person*). Khusus mengenai badan hukum, menurut hukum badan hukum dapat dibedakan menjadi 2 yaitu badan hukum publik (desa, kabupaten/

69 Ibid., hal. 25. Untuk pembahasan keadilan, lihat pendapat John Rawls pada footnote Nomor. 37.
70 Ibid., hal. 31.
71 Lili Rasjidi dan I.B. Wyasa Putra, Op.cit., hal. 152-153.

kota, provinsi, dan negara) dan badan hukum perdata (PT, koperasi, dan yayasan).[72]

E. OBJEK HUKUM

Objek Hukum ialah segala sesuatu yang berguna bagi subjek hukum dan dapat menjadi pokok suatu hubungan hukum yang dilakukan oleh para subjek hukum. Dalam bahasa hukum, objek hukum dapat juga disebut hak atau benda yang dapat dikuasai/dimiliki subjek hukum.[73]

Hak sering kali diidentikkan dengan izin atau kewenangan atau kekuasaan. Pemahaman mengenai hak sebagai objek hukum dapat merujuk pada pembahasan hak (poin 1).

Adapun mengenai benda, pada dasarnya sudah diatur pada Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, akan tetapi teori umum mengenai klasifikasi benda adalah teori yang mengklasifikasikan benda bergerak dan benda tidak bergerak (Pasal 504 KUH Perdata) dan teori yang mengklasifikasikan benda yang berwujud (contoh tanah) dan benda yang tidak berwujud (contoh segala hak) (Pasal 503 KUH Perdata).

Suatu benda termasuk benda bergerak atau benda tak bergerak dapat dilihat dari:[74]

1. Sifatnya benda bergerak menurut sifatnya adalah benda yang dapat dipindah-pindahkan dari satu tempat ke tempat yang lainnya. Misalnya: kursi, meja, pulpen, dan lain sebagainya.
2. Benda tak bergerak menurut sifatnya adalah benda yang tidak dapat dipindahkan. Misalnya: tanah, pohon, kebun, sawah, dan lain-lain.
3. Tujuannya

   Benda tak bergerak menurut tujuannya ialah segala benda/barang yang pada sifatnya adalah termasuk ke dalam pengertian benda bergerak, namun senantiasa digunakan oleh pemiliknya dan menjadi alat tetap pada benda yang tidak bergerak. Misalnya di pabrik terdapat benda bergerak menurut sifatnya tapi menjadi benda tak bergerak yaitu penggilingan, apitan besi, tong, dan lain-lain.

72 Baca Dudu Duswara Mahmudin, Op.cit., hal. 32-37. Baca juga Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 241-244.
73 Ibid., hal. 37.
74 A.Siti Soetami, Pengantar Tata Hukum Indonesia, Bandung: Refika Aditama, 2001, hal. 40-41.

4. Undang-Undang
   Benda tak bergerak menurut undang-undang adalah segala hak atas benda tak bergerak. Misalnya hak pakai hasil atas benda yang tak bergerak.
   Benda bergerak karena ketentuan undang-undang adalah segala hak atas benda bergerak. Misalnya sero, hak pakai atas benda bergerak.

F PERISTIWA HUKUM

Peristiwa hukum adalah peristiwa kemasyarakatan yang akibatnya diatur oleh hukum. Contoh perkawinan yang mengakibatkan adanya hak dan kewajiban suami-istri yang diatur oleh hukum perkawinan. Contoh lain, peristiwa transaksi jual beli barang, terdapat akibat yang diatur oleh hukum, yaitu adanya hak dan kewajiban diantara para pihak. Peristiwa hukum dapat dibedakan menjadi dua yaitu:[75]

1. Peristiwa hukum karena perbuatan subjek hukum, adalah semua perbuatan yang dilakukan manusia atau badan hukum yang dapat menimbulkan akibat hukum. Contoh pembuatan surat wasiat atau peristiwa penghibahan barang.
   Subjek hukum sendiri dapat dibedakan menjadi dua yaitu:
   a) perbuatan subjek hukum yang merupakan perbuatan hukum (perbuatan subjek hukum yang akibat hukumnya dikehendaki pelaku, contoh: jual-beli, sewa-menyewa dan lain-lain)
   b) perbuatan subjek hukum yang bukan perbuatan hukum (perbuatan subjek hukum yang akibat hukumnya tidak dikehendaki pelaku, contoh perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) dan *zaakwarneming* (secara sukarela menigikatkan diri untuk mewakili dan menyelesaikan urusan orang lain dengan atau tanpa pengetahuan orang tersebut).
2. Peristiwa hukum yang bukan perbuatan subjek hukum, adalah semua peristiwa hukum yang tidak timbul karena perbuatan subjek hukum, akan tetapi apabila terjadi dapat menimbulkan

75 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 40

akibat-akibat hukum tertentu. Contoh kelahiran, kematian dan kedaluwarsa (kedaluwarsa *aquisitief* yakni kedaluwarsa yang menimbulkan hak dan kedaluwarsa *extinctief* yaitu kedaluwarsa yang melenyapkan kewajiban).

Peter Mahmud Marzuki memiliki definisi dan pembagian peristiwa hukum yang agak berbeda dengan yang di atas. Sebelumnya Peter Mahmud Marzuki, membedakan terlebih dahulu antara fakta biasa dan fakta hukum. Fakta hukum adalah fakta yang diatur oleh hukum. Oleh karena fakta dapat dibedakan menjadi fakta biasa dan fakta hukum, demikian juga dengan peristiwa, yang dapat dibedakan menjadi peristiwa biasa dan peristiwa hukum.

Peristiwa hukum adalah peristiwa yang diatur oleh hukum. Dilihat dari segi isinya, peristiwa hukum dapat terjadi karena:[76]

a. Keadaan tertentu, misalnya orang yang sakit gila menyebabkan pengadilan memutuskan bahwa orang tersebut harus ditempatkan di bawah pengampunan;
b. Kejadian alam, misalnya sebatang pohon disambar petir dan dan tumbang menimpa seorang pengantar surat yang sedang bertugas dengan mengendarai motor dan menewaskannya sehingga menimbulkan masalah asuransi dan tunjangan-tunjangan yang diterima keluarganya;
c. Kejadian fisik yang menyangkut kehidupan manusia, yaitu kelahiran, kematian, dan usia tertentu yang menyebabkan seseorang dianggap cakap untuk melakukan tindakan hukum.

Adanya orang gila, pohon disambar petir, kelahiran, pertumbuhan, dan kematian seseorang sebenarnya merupakan peristiwa-peristiwa biasa. Akan tetapi, karena peristiwa-peristiwa itu berkaitan dengan hak dan kewajiban subjek hukum, peristiwa-peristiwa itu menjadi peristiwa-peristiwa hukum.[77]

G. PERBUATAN HUKUM

Mengenai perbuatan hukum pada dasarnya dapat dipahami secara bersamaan ketika memahami peristiwa hukum. Terdapat peristiwa

76 Baca Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 244-246.
77 Ibid.

hukum yang terjadi dikarenakan perbuatan subjek hukum, perbuatan inilah yang dinamakan perbuatan hukum.

Peter Mahmud Marzuki menggunakan istilah tindakan hukum. Tindakan hukum adalah tindakan yang diatur oleh hukum, yaitu:[78]

a. Tindakan menurut hukum, misalnya jual beli, membuat testamen, melangsungkan perkawinan, dan lain-lain;
b. Tindakan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang, misalnya jual beli narkoba, menghilangkan nyawa orang lain, dan lain-lain.
c. Tindakan yang melanggar hukum, misalnya perbuatan merugikan orang lain, persaingan curang, dan lain-lain.
d. Tindakan karena tidak memenuhi kewajiban yang di dalam hukum hal itu disebut wanprestasi (*default*), misalnya tidak membayar utang, tidak mengirim barang yang dipesan oleh pembeli, dan lain-lain.

Dilanjutkan oleh Peter Mahmud Marzuki, dalam hukum berbuat sesuatu adalah melakukan perbuatan, sedangkan tidak berbuat adalah sesuatu yang seharusnya ia perbuat merupakan pengabaian (*omission*/*nalaten*). Pengabaian ini lebih berkonotasi kepada hukum *public*, khususnya hukum pidana. Misalnya membiarkan orang yang butuh pertolongan, seorang komandan polisi yang membiarkan anak buahnya melakukan tindakan yang menyalahi prosedur dalam sebuah situasi unjuk rasa. Perlu diketahui bahwa pengabaian ini hanya dilakukan oleh manusia, badan hukum tidak mungkin melakukan pengabaian, jikalau terdapat kejadian yang melibatkan badan hukum, maka personel dalam dalam badan hukum itulah yang dianggap melakukan pengabaian.[79] Untuk dapat melakukan perbuatan hukum, diperlukan syarat-syarat tertentu. L.J. van Apeldoorn menyatakan bahwa subjek hukum adalah setiap orang yang mempunyai kemampuan untuk memegang hak. Kemampuan untuk memegang hak harus dibedakan dari kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Orang-orang yang masih di bawah umur dan mereka yang berada di bawah pengampunan adalah subjek hukum sehingga mereka mempunyai hak. Akan tetapi oleh hukum mereka dipandang tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Sebenarnya semua orang dianggap mampu melakukan tindakan hukum kecuali untuk melakukan

78 Ibid., hal. 246-247.
79 Ibid., hal. 247-248.

tindakan hukum kecuali undang-undang menetapkan lain. Saat sekarang, yang dinyatakan tidak cakap melakukan perbuatan hukum oleh hampir semua undang-undang adalah mereka yang masih belum cukup umur dan mereka yang ditempatkan di bawah pengampunan.[80]

Dilihat dari segi aturan yang mengatur perbuatan itu perbuatan hukum dapat dibedakan antara perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum privat dan perbuatan hukum dalam ruang lingkup hukum publik.[81]

H. HUBUNGAN HUKUM

Hubungan hukum adalah hubungan yang diatur oleh hukum, yang tidak diatur oleh hukum bukan merupakan hubungan hukum. Pertunangan dan lamaran misalnya, bukan merupakan hubungan hukum. Hubungan hukum dapat terjadi di antara sesama subjek hukum dan antara subjek hukum dengan barang. Dilihat dari sifat hubungannya, hubungan hukum dapat dibedakan antara hubungan hukum yang bersifat privat dan hubungan hukum yang bersifat publik. Untuk menentukan sifat hubungan hukum tersebut, indikatornya adalah hakikat hubungan itu. Arti penting mengetahui hakikat hubungan hukum adalah untuk mengetahui rezim hukum yang menguasai hubungan tersebut untuk kemudian menentukan pengadilan mana yang mempunyai kompetensi absolut untuk mneyelesaikan persengketaan yang mungkin saja timbul di kemudian hari. Apabila hakikat hubungan tersebut bersifat privat, siapa pun yang menjadi pihak dalam sengketa tersebut, sengketa tersebut berada dalam kompetensi peradilan perdata, kecuali sengketanya mempunyai sifat khusus, misalnya kepailitan yang berkompeten mengadili adalah pengadilan khusus (di Indonesia adalah Pengadilan Niaga). Demikian juga apabila hakikat hubungan itu bersifat publik, yang mempunyai kompetensi untuk menangani sengketa adalah pengadilan dalam ruang lingkup hukum publik, apakah peradilan umum, peradilan administrasi, dan lain-lain.[82]

80 Ibid., hal. 249-250.
81 Ibid., hal. 251-253.
82 Ibid., hal. 253-256.

I. AKIBAT HUKUM

Peristiwa hukum dan perbuatan hukum menimbulkan akibat hukum, yaitu akibat yang diatur oleh hukum. Suatu peristiwa hukum dapat menimbulkan beberapa akibat hukum. Contoh peristiwa hukum tentang sebatang pohon yang disambar petir dan tumbang menimpa seseorang dan menewaskannya dapat menimbulkan dua akibat hukum, yaitu pewarisan hak milik orang yang meninggal tersebut dan kewajiban asuransi membayarkan santunan kepada keluarganya. Begitu pula perbuatan hukum dapat menimbulkan lebih dari satu akibat hukum. Sebagai contoh, jual-beli menimbulkan akibat hukum pembeli wajib membayar dan berhak menerima barang yang telah dibelinya, sebaliknya penjual wajib menyerahkan barang dan berhak menerima pembayaran atas barang tersebut.[83]

83 Ibid., hal. 250-251.

BAB 7

SUMBER HUKUM

A. DEFINISI SUMBER HUKUM

Sumber-sumber hukum dapat diartikan sebagai bahan-bahan yang digunakan sebagai dasar oleh pengadilan dalam memutus perkara.[84] Kata sumber hukum sering digunakan dalam beberapa arti, yaitu:[85]

a. sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa dan sebagainya.
b. menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan kepada hukum yang sekarang berlaku: hukum Perancis, hukum Romawi.
c. sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlakunya secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat).
d. sebagai sumber dari mana kita dapat mengenal hukum, misalnya dokumen, undang-undang, lontar, batu bertulis, dan sebagainya.
e. sebagai sumber terjadinya hukum: sumber yang menimbulkan hukum. Sumber hukum adalah tempat di mana kita dapat melihat bentuk perwujudan hukum. Dengan kata lain, sumber hukum adalah segala sesuatu yang dapat menimbulkan atau melahirkan hukum. Singkatnya, sumber hukum dapat juga disebut asal mula hukum.[86]

B. JENIS-JENIS SUMBER HUKUM

Beberapa ahli hukum membagi sumber hukum yang masing-masing bisa berbeda antara yang satu dengan lainnya, Van Apeldoorn membedakan

84 Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 301.
85 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 82.
86 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 77.

empat macam sumber hukum yaitu: 1). Sumber hukum dalam arti historis, 2). Sumber hukum dalam arti *teleologis*, 3). Sumber hukum dalam arti filosofis, 4). Sumber hukum dalam arti formil. Achmad Sanoesi membagi sumber hukum menjadi dua kelompok, yaitu: 1). Sumber hukum normal (terbagi menjadi sumber hukum yang langsung atas pengakuan undang-undang), 2). Sumber hukum abnormal. Algra membagi sumber hukum menjadi 1). Sumber hukum materiil, 2). Sumber hukum formil.[87]

Dari pendapat di atas, yang umum dipakai adalah pembagian yang terakhir, yaitu sumber hukum materiil dan sumber hukum formil. Berikut penjelasan singkatnya:

a. Sumber Hukum Materiil

Sumber hukum materiil ialah tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum, misalnya hubungan sosial, hubungan kekuatan politik, situasi sosial ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah (kriminologi, lalu lintas), perkembangan internasional, keadaan geografis.[88]

Dalam literatur lain dijelaskan bahwa sumber hukum dalam arti materiil adalah sumber berasalnya substansi hukum. Salmond dan Bodenheimer merujuk kepada hukum yang tidak dibuat oleh organ negara merupakan sumber-sumber hukum dalam arti materiil. Sumber-sumber dalam arti materiil berupa kebiasaan, perjanjian, dan lain-lain.[89] Berbeda tapi memiliki makna yang sama, literatur lain lagi menjelaskan bahwa sumber hukum materiil adalah beberapa faktor yang dianggap dapat menentukan isi hukum. Faktor yang dimaksud di sini adalah faktor idiil dan faktor riil. Faktor idiil adalah beberapa patokan yang tetap tentang keadilan yang harus ditaati oleh para pembentuk hukum. Sedangkan faktor riil adalah hal-hal yang benar-benar hidup dalam mayarakat dan merupakan petunjuk hidup bagi masyarakat yang bersangkutan.[90]

Utrecht berpendapat bahwa sumber-sumber hukum materiil adalah perasaan hukum atau keyakinan hukum individu dan

87 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 82-85.
88 Ibid., hal. 83.
89 Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 304-305.
90 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 77-78.

pendapat umum (*public opinion*), yang menjadi faktor penentu dari isi hukum (*determinant materiil*).[91]

b. Sumber Hukum Formil/Formal.

Sumber hukum formal adalah sumber hukum ditinjau dari segi pembentukannya. Dalam sumber hukum formal ini terdapat rumusan berbagai aturan yang merupakan dasar kekuatan mengikatnya peraturan agar ditaati masyarakat dan penegak hukum. Atau dapat juga dikatakan bahwa sumber hukum formal merupakan *causa efficient* dari hukum. Utrecht berpendapat sumber hukum formal adalah yang menjadi determinan formal membentuk hukum (*formele determinanten van de rechtsvorming*), menentukan berlakunya hukum.[92] Sumber hukum formil merupakan tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu formal berlaku.[93] Pendapat lain mengatakan bahwa sumber hukum dalam arti formal sebagai sumber berasalnya kekuatan mengikat dan validitas. Hukum yang dibuat oleh negara sumber-sumber hukum dalam arti formal. Sumber-sumber yang tersedia dalam formulasi-formulasi tekstual yang berupa dokumen-dokumen resmi adalah sumber hukum dalam arti formal.[94]

---

91 Ibid., hal. 78. Bandingkan Pendapat Jurgen Habermas yang mengatakan bahwa Konsep Hukum sebagai ekspresi kehendak melibatkan klaim sebagai elemennya, yang disahkan lewat serangkaian dominas dan di satu sisi hukum sebagai ekspresi rasio tetap mempertahankan elemen lain yang lebih tua, yang berakar di dalam kelahiran opini publik. Selanjutnya Menurut Habermas, berdasarkan tujuan awalnya, aturan hukum ingin mematahkan dominasi apa pun. Negara Modern menjadikan kedaulatan rakyat sebagai prinsi pembenarannya, yang pada gilirannya mengusung opini publik, tanpa atribut ini, tanpa subtitusi opini sebagai asal-usul sumea otoritas bagi putusan-putusan yang mengikat secara keseluruhan ini, demokrasi modern kehilangan subtansi kebenarannya. Selanjutnya, legislasi bukan dari hasil dari kehendak politis, melainka dari kesepakatan rasional. Opini publik pada prinsipnya menentang kesewenangan dan meninggikan hukum-hukum imanen di dalam sebuah publik yang dipadukan dengan pribadi-pribadi privat yang berdebat secara kritis dengan suatu cara agar properti dari kehendak tertinggi manusia, dalam maknanya yang rigid, yang melebihi semua hukum, dan kita sebut kekuasaan tidak bisa dilekatkan padanya. Dari hal tersebut bahwa, Habermas menginginkan hukum sebagai penghubung antara kepentingan dengan melalui perdebatan secara kritis untuk menemukan kesepakatan umum untuk tujuan kepentingan bersama., Lihat, Jurgen Habermas, The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Categori of Bourgeois Society, Polity Press, 1990. Yang diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Yudi Santoso, Ruang Publik: Sebuah Kajin tentang Kategori Masyarakat Borjuis, Bantul: Kreasi Wacana, 2012, hal. 117 et seq.

92 Ibid.

93 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 83.

94 Peter Mahmud Marzuki, Loc.cit.

Sumber hukum dalam arti formal ini secara umum dapat dibedakan menjadi:[95]

1. Undang-undang (*statute*)
2. Kebiasaan dan adat (*custom*)
3. Traktat (*treaty*) atau perjanjian atau konvensi internasional.
4. Yurisprudensi (*case law, judge made law*)
5. Pendapat ahli hukum terkenal (*doctrin*e)

Dalam mempelajari sumber hukum formal ini, sering kali lupa bahwa masih ada sumber hukum penting, khususnya di bidang hukum tata negara di samping sumber hukum formal di atas, yaitu proklamasi dan revolusi kemerdekaan, *coup d'etat* yang berhasil, takluknya suatu negara kepada negara lain.[96]

Menarik untuk dikaji lebih mendalam adalah perbedaan sumber hukum yang dianut oleh dua sistem hukum besar dunia. Kedua sistem tersebut adalah sistem *civil law* dan sistem *common law*. Sumber-sumber hukum di negara-negara penganut sistem *common law* hanya yurisprudensi (*judge made law* di Inggris, *case law* di AS) dan perundang-undangan (*statute law*). Sementara itu di negara-negara penganut sistem *civil law* sumber hukum dalam arti formilnya berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan-kebiasaan dan yurisprudensi.

Secara spesifik di Indonesia, Pasal 2 Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU P3) menyebutkan "Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara". Maksudnya adalah bahwa penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara adalah sesuai dengan Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 alinea keempat yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis negara sehingga setiap materi muatan Peraturan Perundang-Undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila.[97]

95 Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 79.

96 Ibid.

97 Lihat Penjelasan Pasal 2 UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Perundang-undangan.

Dalam Pasal 7 ayat (1) UU P3 disebutkan bahwa hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia terdiri atas:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Dilanjutkan dalam Pasal 8 ayat (1) UU P3 bahwa Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

Keberadaan peraturan perundang-undangan tersebut di atas diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-Undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan (Pasal 8 ayat (2) UU P3).

BAB 8

KLASIFIKASI HUKUM

A. HUKUM MENURUT FUNGSINYA[98]

a. Hukum Materiil (*substantive law*), terdiri dari peraturan-peraturan yang memberi hak dan membebani dengan kewajiban-kewajiban.
b. Hukum Formil (*adjective law*), peraturan hukum yang fungsinya melaksanakan atau menegakkan hukum materiil atau menentukan bagaimana caranya melaksanakan hukum materiil, bagaimana caranya mewujudkan hak dan kewajiban dalam hal ada pelanggaran hukum atau sengketa.

B. HUKUM MENURUT SAAT BERLAKUNYA.[99]

a. *Ius Constitutum*, hukum yang telah ditetapkan atau hukum yang berlaku sekarang atau lazim disebut hukum positif.
b. *Ius Constituendum*, hukum yang masih harus ditetapkan, hukum yang akan datang atau hukum yang dicita-citakan.

C. HUKUM MENURUT DAYA KERJANYA.[100]

a. Hukum yang bersifat memaksa (imperatif), kaidah hukum yang dalam keadaan apa pun harus ditaati dan bersifat mutlak daya ikatnya.

98 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 127. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 63-64. Dalam buku yang disebut terakhir, hukum materiill dan hukum formil dimasukkan ke dalam klasifikasi hukum berdasarkan cara mempertahankannya. Secara makna tidak berbeda dengan kalsifikasi hukum menurut fungsinya.

99 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal. 127-128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 62-63. Dalam buku yang disebut terakhir klasifikasi hukum menurut saat berlakunya ditambah dengan Hukum Universal, yaitu hukum yang dianggap berlaku tanpa mengenal batas ruang dan waktu, berlaku sepanjang masa.

100 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal. 32-33 dan 128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 64.

b. Hukum yang bersifat melengkapi (fakultatif), kaidah hukum yang dapat dikesampingkan oleh para pihak dengan jalan membuat ketentuan khusus dalam perjanjian yang mereka adakan.

D. HUKUM MENURUT BENTUKNYA[101]

a. Hukum Tertulis, kaidah-kaidah hukum yang dicantumkan atau tertuang dalam berbagai bentuk peraturan perundang-undangan.
b. Hukum Tidak Tertulis, kaidah hukum yang tidak tertulis itu tumbuh di dalam dan bersama masyarakat secara spontan dan mudah menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat.

E. HUKUM MENURUT WILAYAH BERLAKUNYA[102]

a. Hukum Nasional, hukum yang berlaku dalam suatu negara.
b. Hukum Internasional, hukum yang berlaku melintasi batas wilayah suatu negara.

Dalam literatur lain disebutkan bahwa hukum menurut wilayah/ tempat berlakunya dibagi menjadi hukum nasional, hukum internasional, hukum asing (hukum yang berlaku dalam negara lain), dan hukum gereja (hukum yang ditetapkan gereja untuk para anggotanya). Hans Kelsen juga memberikan pendapat bahwa keberlakuan hukum meliputi 4 macam lingkungan, yaitu: a). waktu berlakunya (mulai dan berakhir), b). daerah berlakunya, c). terhadap siapa berlakunya, dan d). soal-soal apa yang diaturnya.

F. HUKUM MENURUT ISINYA

a. *Lex Generalis*, hukum yang berlaku umum dan merupakan dasar, misalnya hukum perdata.

101 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal.33 dan 128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 58-60.
102 Baca Sudikno Mertokusumo, Op.cit, hal. 128. Baca juga Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 62.

b. *Lex Specialis*, hukum yang berlaku khusus, misalnya hukum dagang.

Selain itu, dari segi isinya, hukum dapat juga dibagi menjadi:[103]

a. Hukum Privat, hukum yang berkaitan dengan kepentingan individu seperti hukum bisnis, hukum perdata, hukum acara perdata.
b. Hukum Publik, hukum yang berkaitan dengan fungsi negara seperti HTN, HAN, hukum pidana, hukum acara pidana.

G. HUKUM MENURUT SUMBERNYA[104]

a. Hukum Undang-Undang, hukum yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan.
b. Hukum Adat, hukum yang diambil dari peraturan-peraturan adat.
c. Hukum Yurisprudensi, hukum yang terbentuk dari putusan pengadilan.
d. Hukum Traktat, hukum yang ditetapkan oleh hukum internasional melalui perjanjian internasional.
e. Hukum Doktrin, hukum yang berasal dari pendapat para ahli.

H. HUKUM MENURUT WUJUDNYA[105]

a. Hukum Objektif, kaidah hukum dalam suatu negara yag berlaku umum dan tidak dimaksudkan untuk mengatur sikap tindak orang tertentu saja.
b. Hukum Subjektif, hukum yang timbul dari hukum objektif dan berlaku terhadap seorang tertentu.

103 Baca Peter Mahmud Marzuki, Op.cit., hal. 211-234.
104 Baca Dudu Duswara Machmudin, Op.cit, hal. 58.
105 Ibid., hal. 65.

BAB 9

ASAS HUKUM

A. PENGERTIAN ASAS HUKUM

Sebelum membahas asas hukum, perlu dipahami terlebih dahulu apa yang disebut asas dan prinsip, apakah kedua hal tersebut sama atau beda? Karena seringkali kata "asas" juga dimaknai sebagai "prinsip", begitu juga sebaliknya. Tesaurus Bahasa Indonesia memberi arti untuk kata "asas" sebagai (1) n akar, alas, basis, dasar, fondasi, fundamen, hakikat, hukum, landasan, lunas, pangkal, pegangan, pilar, pokok, prinsip, rukun, sandaran, sendi, teras, tiang, tonggak; (2) n hukum, kaidah, kode etik, norma, patokan, pedoman, pijakan, tata cara. Sedangkan kata "prinsip" dimaknai sebagai (1) n asas, dasar, etika, hakikat, pokok, rukun, sendi; (2) filsafat, kepercayaan, keyakinan, kredo, mandu, opini, paham, pandangan, pendapat, pendirian, sikap; (3) ajaran, diktum, dogma, doktrin, etik, hukum, kaidah, patokan, pedoman, pijakan.[106] Berdasarkan tesaurus Bahasa Indonesia, adalah sama antara asas dan prinsip.

Dalam Bahasa Inggris, ternyata juga sama, asas diterjemahkan dengan *principle; principality*, prinsip juga diterjemahkan dengan *principle*; *principality*. Demikian juga sebaliknya *principle* di Bahasa Indonesiakan menjadi asas; dasar. *Oxford Dictionary* menjelaskan *principle* sebagai (1) *moral rule or strong belief that influences your actions*; (2) *basic general truth*.[107] Kamus hukum memberikan pemaknaan asas sebagai suatu alam pikiran yang dirumuskan secara luas dan mendasari adanya sesuatu norma hukum, sedangkan untuk prinsip dibagi menjadi dua yaitu *principia* prima (norma-norma kehidupan yang berlaku secara fundamental, universal dan mutlak serta kekal [berlaku bagi segala bangsa dan masa]) dan *principia secundaria* (norma-norma yang tidak fundamental, tidak

106 Tim Redaksi Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional, 2008, hal. 29 dan 386.

107 Oxford Learner's Pocket Dictionary; New Edition Oxford University Press, 2003, hal. 340.

universal, tidak mutlak, melainkan relatif, tergantung pada manusianya.[108] Berdasarkan penjelasan di atas, dapat dikatakan bahwa "asas" dan "prinsip" memiliki makna yang sama, keduanya dimaknai sebagai dasar dari suatu hal tertentu, di mana keduanya juga bersifat abstrak. Perbedaannya hanya pada penggunaan dan kata yang mengikutinya. Dalam literatur-literatur dan peraturan perundang-undangan Indonesia umumnya menggunakan kata asas (contoh: asas kedaulatan, asas pengayoman dan lain-lain), sedangkan literatur barat menggunakan kata prinsip/*principle* (contoh: *principle of the sovereign equality*, *self-defence principle*, *archipelagic state principle* dan lain-lain).[109] Selanjutnya, apakah asas hukum itu? Terdapat beberapa pendapat mengenai asas hukum, antara lain:[110]

1. Bellefroid: asas hukum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif dan yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Asas hukum itu merupakan pengendapan hukum positif dalam suatu masyarakat.
2. Van Eikema Hommes: asas hukum itu tidak boleh dianggap sebagai norma-norma hukum yang konkret, akan tetapi perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku. Pembentukan hukum praktis perlu berorientasi pada asas-asas hukum tersebut. Dengan kata lain, asas hukum ialah dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif.
3. The Liang Gie: asas adalah suatu dalil umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya, yang diterapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu.
4. P. Scholten: asas hukum adalah kecenderungan-kecenderungan yang disyaratkan oleh pandangan kesusilaan kita pada hukum, merupakan sifat-sifat umum dengan segala keterbatasannya sebagai pembawaan yang umum itu, tetapi yang tidak boleh tidak harus ada.

108 Kamus Hukum, Citra Umbara, Bandung, 2008, hal. 31 dan 401. Lihat juga Immanual Kant tentang first and second principle dalam Hari Chand, Modern Jurisprudence, International Law Book Services, 2005, Selangor, hal. 48.

109 Mahendra Putra Kurnia, Hukum Kewilayahan Indonesia, Harmonisasi Hukum Pengembangan Kawasan Perbatasan NKRI Berbasis Teknologi Geospasial, Malang: UB Press, 2011, hal. 97.

110 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 34. Lihat juga Sudikno Mertokusumo, Penemuan Hukum; Suatu Pengantar, Yogyakarta: Liberty, 2007, hal. 5.

Dapatlah disimpulkan bahwa asas hukum atau prinsip hukum bukanlah peraturan hukum konkret, melainkan merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang konkret yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat diketemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkret tersebut. Fungsi ilmu hukum adalah mencari asas hukum ini dalam hukum positif. Jadi asas hukum bukanlah kaidah hukum yang konkret melainkan merupakan latar belakang peraturan yang konkret dan bersifat umum atau abstrak. Asas hukum umumnya tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkret atau pasal-pasal, akan tetapi tidak jarang asas hukum itu dituangkan dalam peraturan konkret.[111]

Asas hukum mempunyai dua landasan. Pertama asas hukum itu berakar dalam kenyataan masyarakat dan kedua pada nilai-nilai yang dipilih sebagai pedoman oleh kehidupan bersama. Penyatuan faktor riil dan idiil hukum ini merupakan fungsi asas hukum.[112] Asas hukum mempunyai dua fungsi, yaitu:[113]

1. Fungsi dalam hukum: asas dalam hukum mendasarkan eksistensinya pada rumusan oleh pembentuk undang-undang dan hakim (ini merupakan fungsi yang bersifat mengesahkan) serta mempunyai pengaruh yang normatif dan mengikat para pihak.
2. Fungsi dalam ilmu hukum: asas dalam ilmu hukum hanya bersifat mengatur dan eksplikatif (menjelaskan). Tujuannya adalah memberi ikhtisar, tidak normatif sifatnya dan tidak termasuk hukum positif.

Sifat instrumental asas hukum ialah bahwa asas hukum mengakui adanya kemungkinan-kemungkinan, yang berarti memungkinkan adanya penyimpangan-penyimpangan, sehingga membuat sistem hukum itu luwes. Asas hukum dibagi juga menjadi dua, yaitu:[114]

1. Asas hukum umum: ialah asas hukum yang berhubungan dengan seluruh bidang hukum, seperti asas *lex posteriori derogate legi priori*.

111 Ibid., hal. 35.
112 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 6.
113 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 36.
114 Ibid.

2. Asas hukum khusus: berfungsi dalam bidang yang lebih sempit, seperti dalam bidang hukum perdata, hukum pidana, dan sebagainya. Contoh: asas *pacta sunt servanda*, asas *konsensualisme*, asas praduga tak bersalah.

B. ASAS HUKUM PIDANA

Bidang hukum pidana adalah bidang hukum yang memuat peraturan tentang pelanggaran dan kejahatan serta sanksi yang akan diberikan atas pelanggaran dan kejahatan tersebut. Hukum pidana dibagi ke dalam hukum pidana materiil dan hukum pidana formil. Hukum pidana materiil adalah peraturan-peraturan yang menegaskan tentang perbuatan apa yang dapat dikenakan hukuman, siapa yang dapat dihukum dan dengan hukuman apa. Sedangkan hukum pidana formil adalah peraturan yang mengatur cara-cara untuk menghukum seseorang yang melanggar peraturan dari hukum pidana materiil.[115]

Perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana dan diancam dengan saksi pidana disebut juga dengan delik. Sesuatu perbuatan dikatakan perbuatan pidana dan dapat dikenai sanksi apabila perbuatan tersebut dilarang dalam suatu peraturan perundang-undangan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat 1 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau dikenal dengan asas legalitas (*legality principle*).[116]

Berikut beberapa asas-asas umum yang ada dalam hukum pidana:[117]

1. Asas legalitas: didasarkan pada adagium *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenale*, asas ini tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP, maksudnya adalah "tiada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan".

115 H.Muchsin, Ikhtisar Hukum Indonesia, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hal. 66-67.

116 Ibid., hal. 66.

117 12 Disarikan dari H.Muchsin, Ikhtisar Hukum Indonesia, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hal. 66-67., Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 69., Bachsan Mustafa, Op.cit., hal. 164., A. Siti Soetami, Op.cit., hal. 68-72., dan KUHP.

2. Asas teritorialitas: asas yang memberlakukan KUHP bagi semua orang yang melakukan perbuatan pidana di wilayah Indonesia (Pasal 2 dan 3 KUHP).
3. Asas nasional aktif: asas yang memberlakukan KUHP terhadap orang-orang Indonesia yang melakukan perbuatan pidana di luar wilayah Indonesia, disebut juga asas *personalitet*.
4. Asas nasional pasif: asas yang memberlakukan KUHP terhadap siapa pun baik WNI maupun WNA yang melakukan perbuatan pidana di luar wilayah Indonesia.
5. Asas universalitas: asas yang memberlakukan KUHP terhadap perbuatan pidana yang terjadi di luar wilayah Indonesia yang bertujuan untuk merugikan kepentingan internasional.
6. Asas tidak ada hukuman tanpa kesalahan: disebut juga *geen straf zonder schuld*.
7. Asas bahwa apabila ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah peristiwa itu terjadi, maka dipakailah ketentuan yang paling menguntungkan bagi si tersangka.
8. Asas hapusnya kewenangan menuntut pidana dan menjalankan pidana karena: (a) *nebis in idem* (tidak boleh dituntut dua kali karena perbuatan yang oleh hakim terhadap dirinya telah diadili dengan putusan yang menjadi tetap-Pasal 76 KUHP), (b) kekedaluwarsa (Pasal 78 KUHP), (c) matinya terdakwa (Pasal 77 KUHP), (d) pembayaran denda (Pasal 82), (e) grasi, amnesti, dan abolisi.
9. dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Pidana.

C. ASAS HUKUM PERDATA

Hukum Perdata dalam arti luas meliputi semua hukum privat materiil, yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.[118] Dalam literatur lain disebutkan bahwa hukum perdata (*privatrecht*) ialah ketentuan-ketentuan yang mengatur dan membatasi setiap langkah manusia dalam memenuhi kepentingan pribadinya. Paul Scholten mendefinisikan hukum perdata sebagai hukum antara

118 Subekti, Pokok-pokok Hukum Perdata, Intermasa, Jakarta, 1995, hal. 9.

perorangan, hukum yang mengatur hak dan kewajiban perseorangan yang satu terhadap yang lainnya di dalam pergaulan masyarakat dan di dalam hubungan keluarga.[119]

Hukum perdata dibedakan menjadi dua yaitu hukum perdata formal dan hukum perdata materiil. Hukum perdata materiil mengatur kepentingan-kepentingan perdata setiap subjek hukum. Hukum perdata formal berfungsi menerapkan hukum perdata materiil apabila ada yang melanggarnya.[120] Hukum Perdata di Indonesia secara garis besar diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPDT) atau dikenal juga dengan Burgerlijk Wetboek (BW). BW terdiri dari dari 4 bagian yaitu: Buku I memuat hukum tentang orang, Buku II memuat hukum tentang benda, Buku III memuat hukum tentang perikatan, dan Buku IV memuat hukum tentang pembuktian dan daluawarsa.

Berikut asas-asas yang lazim dipergunakan dalam hukum perdata:[121]

1. Asas yang melindungi hak-hak asasi manusia: tercantum dalam Pasal 1-3 BW.
2. Asas bahwa setiap orang harus mempunyai nama dan tempat kediaman hukum (*domicile*): tercantum dalam Pasal 5a dan seterusnya BW.
3. Asas perlindungan kepada orang-orang yang tidak cakap untuk melakukan perbuatan hukum (*rechtsonbekwaam*): tercantum dalam Pasal 1330 BW.
4. Asas yang membagi hak manusia ke dalam hak kebendaan dan hak perorangan.
5. Asas hak milik itu adalah fungsi sosial: bahwa orang tidak dibenarkan untuk membiarkan atau menggunakan hak miliknya secara merugikan orang atau masyarakat (lihat Pasal 1365 BW).
6. Asas *pacta sunt servanda*: setiap perjanjian itu mengikat para pihak dan harus ditaati dengan iktikad baik (lihat Pasal 1338 BW).
7. Asas kebebasan dalam membuat perjanjian dan persetujuan: sering juga dikenal dengan asas kebebasan berkontrak, setiap orang bebas dalam membuat perjanjian bagiamanapun bentuk

119 Muchsin, Op.cit., hal. 56.
120 Ibid., hal. 56-57.
121 Disarikan dari Dudu Duswara Machmudin, Op.cit., hal. 147-156., Bachsan Mustafa, Op.cit., hal. 164., dan BW.

dan isinya dengan syarat tidak bertentangan dengan kesusilaan, tertib hukum, dan undang-undang yang berlaku.

8. dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Perdata.

D. ASAS HUKUM TATA NEGARA

Hukum tata negara adalah sekumpulan peraturan baik tertulis (berwujud perundang-undangan) maupun tidak tertulis (kebiasaan/konvensi) yang mengatur organisasi kekuasaan yang disebut negara, di mana pengaturan tersebut meliputi:[122]

1. Bentuk negara yang dikehendaki.
2. Tata cara pembentukan alat-alat pemegang kekuasaan (alat-alat perlengkapan negara).
3. Wewenang, tugas, fungsi, kewajiban dan tanggung jawab masing-masing alat perlengkapan negara.
4. Hubungan antara alat perlengkapan negara (baik secara horizontal atau pun vertikal).
5. Hubungan antara organisasi kekuasaan (negara) dengan warga negara dan hak asasi manusia.

   Pendapat lain menyebutkan bahwa ilmu hukum tata negara dapat dirumuskan sebagai cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis atau pun yang hidup dalam kenyataan praktik kenegaraan berkenaan dengan:[123]

1. Konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara.
2. Institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya.
3. Mekanisme hubungan antar-institusi itu.
4. Prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dengan warga negara. Asas-asas umum yang sering dijumpai dalam hukum tata negara Indonesia antara lain:
   1. Asas negara kesatuan yang berbentuk republik: tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 UUD NRI Tahun 1945.

122 H.Muchsin, Ikhtisar Hukum Indonesia, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005, hal. 45.

123 Jimly Asshiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2009, hal. 29-30.

2. Asas kedaulatan rakyat: demokrasi (Pasal 1 ayat 2 UUD NRI Tahun 1945).
3. Asas negara hukum: negara yang berdasarkan hukum, bukan berdasarkan kekuasaan semata (Pasal 1 ayat 3 UUD NRI Tahun 1945).
4. Asas otonomi daerah yang di dalamnya terdapat desentralisasi, dekonsentrasi dan tugas pembantuan
5. Asas *check and balance* antar organ negara baik secara internal maupun eksternal.
6. Asas perlindungan hak asasi manusia.
7. Asas keikutsertaan warga negara dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.
8. Asas negara kepulauan yang berciri nusantara.
9. dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Tata Negara.

E. ASAS HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Penyebutan untuk hukum administrasi negara ini bermacam-macam, seringkali disebut hukum tata pemerintahan, ada juga yang menggunakan istilah hukum tata usaha negara. Namun demikian, kesemuanya memiliki makna yang sama. Begitu juga dengan definisi, banyak pendapat yang berbeda namun memiliki makna yang sama. Beberapa pendapat diantaranya mengarah pada perdebatan perbedaan antara hukum tata negara dengan hukum administrasi negara. Bagaimanapun pembedaan yang dilakukan tersebut pada dasarnya tidaklah bersifat fundamental dan hubungan diantaranya tidak dapat dipisahkan, jika dipisahkan hal itu semata-mata karena kebutuhan akan pembagian kerja yang secara praktis diperlukan sebagai akibat pesatnya perkembangan hukum korporatif dari masyarakat hukum teritorial. Sederhananya, mengikuti pemikiran Fritz Werner dan Oppenheim (demikian pula Van Vollenhoven) bahwa hukum administrasi negara itu adalah hukum tata negara yang diletakkan dalam keadaan yang konkret atau bisa juga dipahami hukum tata negara yaitu negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) dan hukum administrasi negara/ hukum tata usaha pemerintahan yaitu negara dalam keadaan bergerak

(*staat in beweging*) atau ketika alat-alat negara itu mulai menjalankan pekerjaan dalam menunaikan tugasnya, seperti yang ditetapkan dalam hukum tata negara.[124]

Asas-asas yang sering dijumpai dalam hukum administrasi negara antara lain:

1. Asas legalitas: setiap perbuatan administrasi negara berdasarkan hukum.[125]
2. Asas kebebasan atau *freies ermessen*: kepada administrasi negara diberikan kebebasan untuk atas inisiatif sendiri menyelesaikan masalah-masalah yang tumbuh dalam masyarakat secara cepat, tepat, dan bermanfaat untuk kepentingan umum, tanpa menunggu adanya perintah terlebih dahulu dari undang-undang yang disebabkan undang-undangnya belum ada atau tidak jelas mengatur masalah tersebut.[126]
3. Asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang baik.
4. Dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Administrasi Negara.

F. ASAS HUKUM INTERNASIONAL

Hukum internasional diartikan sebagai himpunan dari peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan yang mengikat serta mengatur hubungan antara negara-negara dan subjek-subjek hukum lainnya dalam kehidupan masyarakat internasional.[127]

Beberapa asas-asas atau prinsip-prinsip umum yang terdapat dalam hukum internasional antara lain:[128]

1. *Jus Cogen*: sebuah norma yang memiliki keutamaan dibandingkan dengan norma-norma lainnya. Dalam hal suatu norma telah memiliki status *jus cogen* tidak dimungkinkan untuk mengalami pembatalan atau modifikasi oleh tindakan apa pun. *Jus cogen*

124 Lebih lengkapnya baca Jimly Asshiddiqie, Ibid., hal. 41-70.
125 Bachsan Mustafa, Op.cit., hal. 186.
126 Ibid., hal. 188.
127 Boer Mauna, Hukum Internasional Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam era Dinamika Global, Alumni, Bandung, 2000, hal. 1.
128 Disarikan dari Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, Hukum Internasional Kontemporer, Bandung: PT.Refika Aditama, 2006.

sebagai sumber hukum tertinggi tidak dapat dibatalkan oleh suatu kekuatan politik apa pun. Contoh norma-norma *jus cogen* seperti genosida, diskriminasi rasial, agresi, penyiksaan dan perbudakan.

2. Prinsip kesetaraan kedaulatan (*equality before sovereign rights*), setiap negara memiliki kesamaan kedaulatan, kesetaraan hak dan kewajiban, kesetaraan sebagai anggota organisasi internasional, tanpa mempertimbangkan adanya perbedaan ekonomi, sosial, politik, dan sifat lainnya. Di dalam prinsip kesetaraan kedaulatan ini juga terkandung prinsip-prinsip turunannya seperti prinsip non-intervensi, kemerdekaan, *good faith* (iktikad baik), *nonrecognition* (menolak atau mengakui situasi faktual dengan mendasarkan pada alasan-alasan moral dan legal dari situasi tersebut) dan *self determination* (hak menentukan diri sendiri).
3. Prinsip hidup berdampingan secara damai yang di dalam prinsip ini juga terkandung makna larangan menggunakan metode perang sebagai instrumen kebijakan luar negeri serta menyelesaikan sengketa dengan cara-cara damai.
4. *Self defence principles*: pengecualian atas prinsip non-intervensi yang tercantum dalam Pasal 51 Piagam PBB. Penggunaan prinsip ini harus memenuhi 2 elemen yaitu keharusan (*necessity*) dan kepatuhan (*proportionality*).
5. Dan masih banyak lagi asas-asas lain yang akan dipelajari lebih detail dalam mata kuliah Hukum Internasional.

G. ASAS HUKUM ACARA

Hukum acara atau hukum formal adalah peraturan hukum yang mengatur tentang cara bagaimana mempertahankan dan menjalankan peraturan hukum material. Fungsinya menyelesaikan masalah yang memenuhi norma-norma larangan hukum material melalui suatu proses dengan berpedomankan kepada peraturan yang dicantumkan dalam hukum acara. Pelaksanaan menyelesaikan masalah yang diatur dalam hukum material dilakukan oleh hakim dengan berpegang kepada hukum acara. Dalam menyelesaikan masalah itu kehakiman memiliki wewenang yang bebas. Artinya, tidak ada lembaga negara lain yang dapat ikut campur

atau memengaruhinya.[129] Hal ini tercantum dalam Pasal 1 angka 1 UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan "Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia".

Berdasarkan Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945 jo. Pasal 18 UU Nomor 48 Tahun 2009, kekuasaan kehakiman di Indonesia dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Selain yang tersebutkan di atas, juga terdapat lembaga peradilan-peradilan khusus atau pengadilan khusus yang hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Pengadilan khusus ini antara lain pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial dan pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, serta pengadilan pajak yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara.[130]

Secara umum, asas-asas yang digunakan dalam penyelenggaraan kekuasaan kehakiman adalah:[131]

1. Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA" (Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA" adalah sesuai dengan Pasal 29 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menentukan bahwa negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu).

129 R.Abdoel Djamali, Pengantar Hukum Indonesia, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006, hal. 193-194.

130 Lihat Pasal 27 beserta penjelasannya UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

131 Lihat Pasal 2 beserta penjelasannya Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Secara lebih rinci namun dalam batasan-batasan yang bersifat umum, asas-asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman diatur dalam Pasal 3-17 beserta penjelasannya Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

2. Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.
3. Semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan undang-undang.
4. Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan (Yang dimaksud dengan "sederhana" adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara efesien dan efektif. Yang dimaksud dengan "biaya ringan" adalah biaya perkara yang dapat dijangkau oleh masyarakat. Namun demikian, asas sederhana, cepat, dan biaya ringan dalam pemeriksaan dan penyelesaian perkara di pengadilan tidak mengesampingkan ketelitian dan kecermatan dalam mencari kebenaran dan keadilan). Asas-asas lainnya, secara rinci dalam bidang-bidang hukum acara yang lebih spesifik akan dipelajari lebih detail dalam berbagai mata kuliah hukum acara, seperti hukum acara perdata, hukum acara pidana, dan hukum acara tata usaha negara. Selain itu patut dipahami juga asas-asas hukum acara yang terdapat dalam lembaga-lembaga peradilan internasional, seperti Mahkamah Internasional dan Peradilan Pidana Internasional.

BAB 10

PENEGAKAN HUKUM

A. PEMAHAMAN PENEGAKAN HUKUM

"Mengapa hukum harus ditegakkan?" dan "Apa itu penegakan hukum?". Pertanyaan yang sederhana namun mengandung makna yang dalam. Hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Melalui penegakan hukum inilah hukum itu menjadi kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*).[132] Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku, pada dasarnya tidak boleh menyimpang ini dikenal dengan istilah dalam dunia ilmu hukum dengan *fiat justitia et pareat mundus* (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan ketertiban masyarakat.[133] Sebaliknya, masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum adalah untuk manusia, maka pelaksanaan atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau

132 Sudikno Mertokusumo, Op.cit., hal. 160.
133 Ibid.

ditegakkan timbul keresahan di dalam masyarakat.[134] Unsur yang ketiga adalah keadilan. Dalam pelaksanaan atau penegakan hukum harus adil. Baik secara komutatif maupun secara distributif. Dalam menegakkan hukum harus ada kompromi antara ketiga unsur tersebut. Ketiga unsur tersebut harus mendapat perhatian secara proporsional seimbang. Tetapi dalam praktik tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara proporsional seimbang antara ketiga unsur tersebut. Tanpa kepastian hukum orang tidak tahu apa yang harus diperbuatnya dan akhirnya timbul keresahan. Tetapi terlalu menitikberatkan pada kepastian hukum, terlalu ketat menaati peraturan hukum akibatnya akan kaku dan akan menimbulkan rasa tidak adil. Apa pun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati atau dilaksanakan. Undang-undang itu sering terasa kejam apabila dilaksankan secara ketat. *Lex dura*, sed tamen scripta (undang-undang itu kejam, tetapi memang demikianlah bunyinya).[135]

Dalam literatur lain disebutkan bahwa penegakan hukum pada dasarnya berkaitan dengan upaya untuk menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum atau penyimpangan dan pelanggaran terhadap hukum yang berlaku dalam masyarakat. Suatu penegakan hukum, berkaitan dengan beberapa aspek antara lain: (i) keamanan, ketertiban dan perlindungan hukum, dan (ii) keadilan.[136]

Keamanan dan ketertiban berkaitan dengan fungsi dan tujuan hukum. Hukum difungsikan untuk mengatur, mengarahkan, mengendalikan warga masyarakat supaya kehidupan masyarakat berjalan lancar. Tujuannya adalah untuk tercapainya ketertiban dan keamanan dalam masyarakat yang bersangkutan. Namun demikian, hukum tidak hanya sekedar untuk mencapai ketertiban dan keamanan belaka, tetapi juga untuk memberikan perlindungan bagi kepentingan semua pihak. Oleh karena itu, hukum harus ditegakkan apabila terjadi pelanggaran terhadap hukum yang berlaku dalam masyarakat. Hukum harus ditaati semua pihak, baik sebagai penguasa atau sebagai rakyat biasa, hal tersebut sebagai perwujudan asas persamaan di depan hukum.[137]

134 Ibid., hal. 160-161.

135 Ibid., hal. 161-162.

136 Mochamad Munir, Penegakan Hukum Dalam Masyarakat, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 1998, dalam buku berjudul Menuntaskan Agenda Reformasi; Dinamika Pembangunan Hukum di Indonesia, Malang: Setara Press dan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, 2008, hal. 134.

137 Ibid., hal. 135.

Menarik juga untuk dicermati sebagai pemahaman pamungkas terhadap pemahaman penegakan hukum, bahwa secara konsepsional, maka inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyerasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantahkan dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.[138]

B. LEMBAGA/PIHAK DALAM PENEGAKAN HUKUM

"Lembaga atau pihak apa saja yang terkait dengan upaya penegakan hukum?" dan "apa tugas dan fungsi serta kewenangan dari masing-masing lembaga atau pihak dalam upaya penegakan hukum?". Pertanyaan yang sederhana namun akan terjadi diskusi yang mungkin tidak berujung jika sudah membicarakan lembaga atau pihak yang terkait dengan penegakan hukum. Berkaca pada sistem hukum Indonesia, lembaga atau pihak dalam upaya penegakan hukum dalam arti sempit bisa disebutkan antara lain kehakiman, kejaksaan, kepolisian, pengacara/advokat, dan lembaga pemasyarakatan. Dalam arti yang lebih luas, karena penegakan hukum itu adalah suatu sistem, maka selain lembaga yang telah disebutkan sebelumnya dapat disebutkan juga lembaga-lembaga seperti Komisi Pemberantasan Korupsi, Komisi Yudisial, Ombudsman, Tentara Nasional Indonesia, dan Kementerian Hukum dan HAM RI. Lembaga-lembaga ini terkait baik secara langsung maupun tidak langsung dalam sistem penegakan hukum di Indonesia. Belum lagi dengan lembaga-lembaga yang secara khusus (*specialist*) terlibat dalam penegakan hukum seperti Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen, Arbitrase, dan lain-lain.

"Bagaimana dengan masyarakat pada umumnya?", "apakah masyarakat juga bisa disebut sebagai pihak yang terlibat dalam upaya penegakan hukum?". Tentu saja bisa, masyarakat bisa dikatakan sebagai bagian tak terpisahkan dalam sistem penegakan hukum. Logika sederhana, hukum berlaku di masyarakat, hukum pada dasarnya cerminan dari kehendak masyarakat, pelaku pelanggaran hukum hanya ada dua kategori, pejabat negara dan masyarakat pada umumnya, masyarakat sebagai pihak

138 Soerjono Soekanto, Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007, hal. 5. Dalam bahasa Inggris penegakan hukum sering disebut dengan Law Enforcement.

yang "mengawasi" pelaksanaan hukum oleh lembaga-lembaga pelaksana hukum, apabila terjadi penyalahgunaan atau penyelewengan hukum yang dilakukan oleh lembaga-lembaga pelaksana hukum, masyarakat dapat "bertindak" agar hukum dapat ditegakkan.

Secara khusus, masyarakat tertentu juga dapat membuat, melaksanakan sekaligus menegakkan hukum secara langsung apabila terjadi pelanggaran. Menegakkan hukum secara langsung yang dimaksud di sini bukan perbuatan "main hakim sendiri" atau *eigenrichting*, tetapi lebih ke persoalan masyarakat adat dengan sistem hukum adatnya. Dalam situasi-situasi tertentu, masyarakat adat dapat menegakkan hukum adatnya secara langsung ketika terjadi pelanggaran terhadap hukum adat yang mereka anut.

Berikut akan diberikan pemahaman secara singkat tentang beberapa lembaga penegak hukum di Indonesia:[139]

1. Kepolisian RI

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia (Undang-Undang POLRI). Dalam Pasal 2 disebutkan "fungsi kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat".

Dilanjutkan dalam Pasal 4 bahwa "Kepolisian Negara Republik Indonesia bertujuan untuk mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketenteraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia". Kemudian dalam Pasal 5 Ayat (1) disebutkan bahwa "Kepolisian Negara Republik Indonesia merupakan alat negara yang berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri". Tugas dan wewenang Kepolisian RI tercantum dalam Pasal 13-16 Undang-Undang POLRI.

139 Tidak semua lembaga yang terkait dengan penegakan hukum dijelaskan dalam bab ini, hanya sebagian besar saja. Lembaga-lembaga lainnya dapat dilihat dalam berbagai macam literatur yang terkait dengan penegakan hukum baik secara umum maupun secara khusus.

2. Kejaksaan RI

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia (Undang-Undang Kejaksaan). Dalam Pasal 2 ayat (1) disebutkan "…kejaksaan adalah lembaga pemerintah yang melaksanakan kekuasaan negara di bidang penuntutan serta kewenangan lain berdasarkan undang-undang". Tugas dan kewenangannya diatur dalam Pasal 30-37 Undang-Undang Kejaksaan.

3. Kekuasan Kehakiman RI

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasan Kehakiman (Undang-Undang Kekuasan Kehakiman). Dalam Pasal 1 angka disebutkan "Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia".

Dalam Pasal 18 disebutkan bahwa "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi". Selanjutnya patut dilihat juga ketentuan Pasal 27 ayat (1) beserta penjelasannya Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Inti dari pasal tersebut menyatakan bahwa dapat dibentuk pengadilan khusus dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung. Dijelaskan lebih lanjut bahwa yang dimaksud dengan "pengadilan khusus" antara lain adalah pengadilan anak, pengadilan niaga, pengadilan hak asasi manusia, pengadilan tindak pidana korupsi, pengadilan hubungan industrial dan pengadilan perikanan yang berada di lingkungan peradilan umum, serta pengadilan pajak yang berada di lingkungan peradilan tata usaha negara.

Kewenangan-kewenangan yang dimiliki kekuasaan kehakiman ini diatur dalam Pasal 21-29 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Secara lebih spesifik untuk Mahkamah Agung dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-Undang

Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung dan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, sedangkan untuk Mahkamah Konstitusi dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi dan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi.

4. Lembaga Pemasyarakatan

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan (Undang-UndangP). Dalam Pasal 1 angka 2 jo. Pasal 2 disebutkan "sistem pemasyarakatan adalah suatu tatanan mengenai arah dan batas serta cara pembinaan Warga Binaan Pemasyarakatan berdasarkan Pancasila yang dilaksanakan secara terpadu antara pembina, yang dibina, dan masyarakat untuk meningkatkan kualitas Warga Binaan Pemasyarakatan agar menyadari kesalahan, memperbaiki diri, dan tidak mengulangi tindak pidana sehingga dapat diterima kembali oleh lingkungan masyarakat, dapat aktif berperan dalam pembangunan, dan dapat hidup secara wajar sebagai warga yang baik dan bertanggung jawab". Tugas dan kewenangannya diatur dalam Pasal 6-9 UUP.

5. Advokat/Pengacara

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat (Undang-Undang Advokat). Dalam Pasal 1 angka 1 disebutkan "Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang-Undang ini". Hak dan kewenangan advokat diatur dalam Pasal 14-20 Undang-Undang Advokat.

6. Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK)

Diatur dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Undang-Undang KPK). Sekedar untuk diketahui bahwa Undang-Undang KPK ini telah mengalami perubahan akan tetapi karena tidak mendapat persetujuan dari DPR perubahan tersebut dicabut dan dinyatakan tidak berlaku.[140]

140 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang kemudian dicabut dan dinyatakan tidak berlaku sejak tanggal 4 Maret 2010 melalui Undang-Undang

Pasal 3 Undang-Undang KPK menyebutkan "Komisi Pemberantasan Korupsi adalah lembaga negara yang dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bersifat independen dan bebas dari pengaruh kekuasaan manapun". Dilanjutkan dalam Pasal 4 "Komisi Pemberantasan Korupsi dibentuk dengan tujuan meningkatkan daya guna dan hasil guna terhadap upaya pemberantasan tindak pidana korupsi". Secara lebih detail, tugas, wewenang, dan kewajiban diatur dalam Pasal 6-15 Undang-Undang KPK.

7. *Ombudsman*[141]

Diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang *Ombudsman* Republik Indonesia (Undang-Undang *Ombudsman*). Dalam poin a menimbang disebutkan "bahwa pelayanan kepada masyarakat dan penegakan hukum yang dilakukan dalam rangka penyelenggaraan negara dan pemerintahan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari upaya untuk menciptakan pemerintahan yang baik, bersih, dan efisien guna meningkatkan kesejahteraan serta menciptakan keadilan dan kepastian hukum bagi seluruh warga negara sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945".

Selanjutnya dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang *Ombudsman* disebutkan "*Ombudsman* Republik Indonesia yang selanjutnya disebut *Ombudsman* adalah lembaga negara yang mempunyai kewenangan mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik baik yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan termasuk yang

Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2010 Tentang Pencabutan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

141 Ombudsman secara harfiah diartikan a government appointee who investigates complaints by private persons against the government (diakses dari situs http://www.artikata.com/arti-127854-ombudsman.html hari Minggu 27 November 2011 jam 19.17 Wita). Dalam artikel lain disebutkan bahwa istilah ombudsman, berasal dari kosa kata Swedia yang arti harafiahnya agen, dan makna kontekstualnya adalah seorang public officer yang mempunyai tugas untuk menangani keluhan masyarakat terhadap tindakan-tindakan pemerintah. Secara ideal ombudsman bertindak sebagai "pengacara" bagi masyarakat, yang biasanya bertindak atas keluhan dan pengaduan masyarakat. Namun juga dapat bertindak secara pro-aktif terhadap masalah-masalah yang berkembang dalam masyarakat (diakses dari situs http://icnie.org/2009/05/ombudsman/hari Minggu 27 November 2011 jam 19.18 Wita). Dari situs http://id.wikipedia.org/wiki/Ombudsman (diakses pada hari Minggu 27 November 2011 jam 19.20 Wita) disebutkan Ombudsman adalah seorang pejabat atau badan yang bertugas menyelidiki berbagai keluhan masyarakat. Kata ombudsman berasal dari bahasa Swedia kuno umbuðsmann, artinya perwakilan Selain di tingkat pemerintahan, ombudsman juga dapat ditemui dalam perusahaan, universitas, dan media massa.

diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, dan Badan Hukum Milik Negara serta badan swasta atau perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah".

Secara lebih detail mengenai sifat, asas, tujuan, tugas, fungsi, dan kewenangan *Ombudsman* diatur dalam Pasal 2-10 Undang-Undang *Ombudsman*.

C. FAKTOR-FAKTOR YANG MEMPENGARUHI PENEGAKAN HUKUM

Adapun faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum, menurut Soerjono Soekanto antara lain:[142]

1. Faktor hukumnya sendiri.
2. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum.
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.
5. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Kelima faktor tersebut di atas saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, serta juga merupakan tolok ukur daripada efektivitas penegakan hukum.

1. Faktor Hukum

Masalah-masalah yang terjadi atau gangguan terhadap penegakan hukum yang berasal dari undang-undang mungkin disebabkan karena:[143]

a. Tidak diikutinya asas-asas berlakunya undang-undang,
b. Belum adanya peraturan pelaksanaan yang sangat dibutuhkan untuk menerapkan undang-undang,

142 Soerjono Soekanto. Op.cit., hal.5
143 Ibid., hal.17-18.

c. Ketidakjelasan arti kata-kata di dalam undang-undang yang mengakibatkan kesimpangsiuran di dalam penafsiran serta penerapannya.

2. Faktor Penegak Hukum

Ruang lingkup dari istilah ”penegak hukum” adalah luas sekali. Di dalam tulisan ini yang dimaksudkan dengan penegak hukum akan dibatasi pada kalangan yang secara langsung berkecimpung di dalam bidang penegakan hukum yang tidak hanya mencakup *law enforcement*, akan tetapi juga *peace maintenance*. Kiranya sudah dapat diduga bahwa kalangan tersebut mencakup mereka yang bertugas di bidang-bidang kehakiman, kejaksaan, kepolisian, kepengacaraan dan pemasyarakatan.[144]

Penegak hukum merupakan golongan panutan dalam masyarakat, yang hendaknya mempunyai kemampuan-kemampuan tertentu, sesuai dengan aspirasi masyarakat. Mereka harus dapat berkomunikasi dan mendapatkan pengertian dari golongan sasaran, di samping mampu membawakan atau menjalankan peranan yang dapat diterima oleh mereka. Kecuali dari itu, maka golongan panutan harus dapat memanfaatkan unsur-unsur pola tradisional tertentu, sehingga menggairahkan partisipasi dari golongan sasaran atau masyarakat luas. Golongan panutan juga harus dapat memilih waktu dan lingkungan yang tepat di dalam memperkenalkan norma-norma atau kaidah-kaidah hukum yang baru, serta memberikan keteladanan yang baik.[145]

Halangan-halangan yang mungkin dijumpai pada penerapan yang seharusnya dari golongan panutan atau pengak hukum, mungkin berasal dari dirinya sendiri atau dari lingkungan. Halangan-halangan yang memerlukan penanggulangan tersebut, adalah:[146]

a. Keterbatasan kemampuan untuk menempatkan diri dalam peranan pihak lain dengan siapa dia berinteraksi,
b. Tingkat aspirasi yang relatif belum tinggi,
c. Kegairahan yang sangat terbatas untuk memikirkan masa depan, sehingga sulit sekali untuk membuat suatu proyeksi,
d. Belum adanya kemampuan untuk menunda pemuasan suatu kebutuhan tertentu, terutama kebutuhan materiil,

144 Ibid., hal.19.
145 Ibid., hal.34.
146 Ibid., hal.34-35

e. Kurangnya daya inovatif yang sebenarnya merupakan pasangan konservatisme.

Halangan-halangan tersebut dapat di atasi dengan cara mendidik, melatih, dan membiasakan diri untuk mempunyai sikap-sikap, sebagai berikut:[147]

a. Sikap yang terbuka terhadap pengalaman-pengalaman maupun penemuan-penemuan baru. Artinya, sebanyak mungkin menghilangkan prasangka terhadap hal-hal yang baru atau yang berasal dari luar, sebelum dicoba manfaatnya,
b. Senantiasa siap untuk menerima perubahan-perubahan setelah menilai kekurangan kekurangan yang ada pada saat itu,
c. Peka terhadap masalah-masalah yang terjadi di sekitarnya dengan dilandasi suatu kesadaran bahwa persoalan-persoalan tersebut berkaitan dengan dirinya,
d. Senantiasa mempunyai informasi yang selengkap mungkin mengenai pendiriannya,
e. Orientasi ke masa kini dan masa depan yang sebenarnya merupakan suatu urutan,
f. Menyadari akan potensi-potensi yang ada di dalam dirinya, dan percaya bahwa potensi-potensi tersebut dapat dikembangkan,
g. Berpegang pada suatu perencanaan dan tidak pasrah pada nasib (yang buruk),
h. Percaya pada kemampuan ilmu pengetahuan dan teknologi di dalam meningkatkan kesejahteraan umat manusia,
i. Menyadari dan menghormati hak, kewajiban maupun kehormatan diri sendiri maupun pihak-pihak lain,
j. Berpegang teguh pada keputusan-keputusan yang diambil atas dasar penalaran dan perhitungan yang mantap.

147 Ibid., hal.35-36.

3. Faktor Sarana atau Fasilitas

Tanpa adanya sarana atau fasilitas tertentu, maka tidak mungkin penegakan hukum akan berlangsung dengan lancar. Sarana atau fasilitas tersebut, antara lain, mencakup tenaga manusia yang berpendidikan dan terampil, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan seterusnya. Kalau hal-hal itu tidak terpenuhi, maka mustahil penegakan hukum akan mencapai tujuannya.[148]

Oleh karena itu, untuk masalah sarana atau fasilitas, sebaiknya dianuti jalan pikiran sebagai berikut:[149]

a. Yang tidak ada - diadakan yang baru betul,
b. Yang rusak atau salah - diperbaiki atau dibetulkan,
c. Yang kurang - ditambah,
d. Yang macet - dilancarkan,
e. Yang mundur atau merosot - dimajukan atau ditingkatkan.

4. Faktor masyarakat

Penegakan hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian di dalam masyarakat. Oleh karena itu, dipandang dari sudut tertentu, maka masyarakat dapat mempengaruhi penegakan hukum tersebut.[150]

Apabila warga masyarakat sudah mengetahui hak dan kewajiban mereka, maka mereka juga akan mengetahui aktivitas-aktivitas penggunaan upaya-upaya hukum untuk melindungi, memenuhi dan mengembangkan kebutuhan-kebutuhan mereka dengan aturan yang ada. Hal itu semua biasanya dinamakan kompetensi hukum yang tidak mungkin ada apabila warga masyarakat:[151]

a. Tidak mengetahui atau tidak menyadari, apabila hak-hak mereka dilanggar atau terganggu,
b. Tidak mengetahui akan adanya upaya-upaya hukum untuk melindungi kepentingan-kepentingannya,
c. Tidak berdaya untuk memanfaatkan upaya-upaya hukum karena faktor-faktor keuangan, psikis, sosial atau politik,
d. Tidak mempunyai pengalaman menjadi anggota organisasi yang memperjuangkan kepentingan-kepentingannya,

148 Ibid., hal.37.
149 Ibid., hal.44.
150 Ibid., hal.45.
151 Ibid., hal.56-57.

e. Mempunyai pengalaman-pengalaman kurang baik di dalam proses interaksi dengan pelbagai unsur kalangan hukum formal.

4. Faktor Kebudayaan

Kebudayaan hukum pada dasarnya mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku, nilai-nilai mana merupakan konsepsi-konsepsi abstrak mengenai apa yang dianggap baik (sehingga dianuti) dan apa yang dianggap buruk (sehingga dihindari). Nilai-nilai tersebut, lazimnya merupakan pasangan nilai-nilai yang mencerminkan dua keadaan ekstrim yang harus diserasikan.[152]

Menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto terdapat pasangan nilai yang berperan dalam hukum yaitu:[153]

a. Nilai ketertiban dan nilai ketenteraman,
b. Nilai jasmaniah/kebendaan dan nilai rohaniah/keakhlakan,
c. Nilai kelanggengan/konservatisme dan nilai kebaruan/ inovatisme.

Nilai ketertiban biasanya disebut dengan keterikatan atau disiplin, sedangkan nilai ketenteraman merupakan suatu kebebasan. Secara psikologis keadaan tenteram ada bila seorang tidak merasa khawatir, tidak merasa diancam dari luar dan tidak terjadi konflik batiniah. Di Indonesia terdapat berbagai macam kebudayaan yang mendasari hukum adat yang berlaku. Hukum adat tersebut merupakan hukum kebiasaan yang berlaku di kalangan rakyat terbanyak. Di samping itu, berlaku pula hukum tertulis (perundang-undangan) yang timbul dari golongan tertentu dalam masyarakat yang mempunyai kekuasaan dan wewenang resmi. Hukum perundang-undangan tersebut harus dapat mencerminkan nilai-nilai yang menjadi dasar dari hukum adat supaya hukum perundang-undangan dapat berlaku secara efektif.[154]

Pasangan nilai-nilai kebendaan dan keakhlakan juga merupakan pasangan nilai yang bersifat universal. Akan tetapi di dalam kenyataan pada masing-masing masyarakat timbul perbedaan-perbedaan karena pelbagai macam pengaruh. Pengaruh dari kegiatan-kegiatan modernisasi di bidang materiil, misalnya, tidak mustahil menempatkan nilai kebendaan

152 Ibid., hal.59-60.
153 Ibid., hal.60.
154 Ibid., hal.63-64

pada posisi yang lebih tinggi daripada nilai keakhlakan sehingga akan timbul suatu keadaan yang tidak serasi. Hal ini akan mengakibatkan bahwa pelbagai aspek proses hukum akan mendapat penilaian dari segi kebendaan belaka.[155]

Pasangan nilai konservatisme dan nilai inovatisme senantiasa berperan di dalam perkembangan hukum, oleh karena di satu pihak ada yang menyatakan bahwa hukum hanya mengikuti perubahan yang terjadi dan bertujuan untuk mempertahankan "status quo". Di lain pihak, ada anggapan-anggapan yang kuat pula, bahwa hukum juga dapat berfungsi sebagai sarana untuk mengadakan perubahan dan menciptakan hal-hal yang baru. Keserasian antara kedua nilai tersebut akan menempatkan hukum pada kedudukan dan peranan yang semestinya, oleh karena "*law must be stable and yet it can not stand still. Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands of the need of stability and of the need of change*".[156] (Terjemahan bebas: hukum harus stabil, namun tidak bisa diam. Oleh karena itu, semua pemikiran tentang hukum telah berjuang untuk mendamaikan tuntutan yang bertentangan akan kebutuhan stabilitas dan kebutuhan perubahan).

155 Ibid., hal.65.
156 Ibid., hal.66-67.

BAB 11

HUKUM TATA NEGARA

A. DEFINISI HUKUM TATA NEGARA

Sebagaimana pendefinisian tentang hukum dalam studi ilmu hukum secara umum bahwa telah terjadi *deviation* oleh para ahli dalam mendefinisikan tentang hukum, begitu juga dalam studi hukum tata negara, para ahli mengalami *deviation.* Adapun berbagai definisi Hukum Tata Negara menurut para ahli yakni, sebagai berikut:

Menurut Van Vollenhoven[157] Hukum tata negara mengatur semua masyarakat hukum atasan dan masyarakat hukum bawahan menurut tingkatannya dan dari masing-masing itu menentukan wilayah lingkungan rakyatnya dan akhirnya menentukan wilayah lingkungan rakyatnya dan akhirnya menentukan badan-badan dan fungsinya masing-masing yang berkuasa dalam lingkungan masyarakat hukum situ, serta menentukan susunan dan wewenangnya dari badan-badan tersebut.[158]

Sebagai murid dari Oppenheim yang terkenal dengan ajaran negara dalam keadaan tidak bergerak untuk menunjukkan kepada Hukum Tata Negara dan negara dalam keadaan bergerak untuk Hukum Administrasi Negara, van Vollenhoven mengikuti jejaknya.

Tata negara membicarakan masyarakat hukum atasan dan bawahan dan hubungannya menurut *hierarchie* serta hak dan kewajibannya masing-masing. Kesemuanya ini menunjukkan negara dalam keadaan statis.

Menurut Paul Scholten, hukum tata negara itu tidak lain adalah *het recht dat regelt de staatsorganisatie*, atau hukum yang mengatur mengenai tata organisasi negara. Dengan rumusan demikian, Scholten hanya menekankan perbedaan antara organisasi negara dari organisasi non-negara, seperti gereja dan lain-lain.

157 Jimly Ashiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jilid I, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006. Hal. 24.

158 Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, (Cet. VII; Jakarta: PT Budi Chaniago, 1988). Hal. 24.

Scholten sengaja membedakan antara hukum tata negara dalam arti sempit sebagai hukum organisasi negara di satu pihak dengan hukum gereja dan hukum perkumpulan perdata di pihak lain dengan kenyataan bahwa kedua jenis hukum yang terakhir itu tidak memancarkan otoritas yang berdiri sendiri, melainkan suatu otoritas organisasi negara.[159] Jika yang diatur adalah maka hukum yang mengaturnya itulah yang disebut sebagai hukum tata negara (*constitutional law*). Mengenai hubungan antara organisasi negara dengan warga negara, seperti mengenai soal hak asasi manusia, belum dipertimbangkan oleh Paul Scholten.

Menurut Logemann[160] Hukum tata negara adalah hukum yang mengatur organisisi negara. Menurut Logemann jabatan merupakan pengertian yuridis dari fungsi adalah pengertian yang bersifat sosiologis karena negara merupakan organisasi yang terdiri atas fungsi-fungsi dalam hubungannya satu dengan yang lainnya serta keseluruhannya, maka dalam arti juridis, negara merupakan organisasi dari jabatan-jabatan.

Definisi dari Logemann ini sebenarnya melanjutkan pendapat dari van Vollenhoven dengan pengertian, bahwa Hukum Tata Negara itu meliputi *persoonsieer* dan *gebiedsleer*.

Apeldoorn[161] Hukum Negara dalam arti sempit menunjukkan orang-orang yang memegang kekuasaan pemerintahan dan batas-batas kekuasaannya.

Apeldoorn memakai istilah Hukum Negara dalam arti sempit yang sama artinya dengan istilah Hukum Tata Negara dalam arti sempit, adalah untuk membedakannya dengan Hukum Negara dalam arti luas-yang meliputi Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara itu sendiri.

Apeldoorn tidak banyak membicarakan tentang Hukum Tata Negara kecuali hanya mengenai tugas, hak dan kewajiban alat-alat perlengkapan negara dan tidak menyinggung tentang kewarganegaraan maupun hak asasi manusia.

159 Lihat Asser-Scholten, "Algemeen Deel", cetakan kedua, 1934, hal. 42 dalam J.H.A. Logemann, Over de Theorie van Eeen Stellig Staatsrecht (1948), diterjemahkan menjadi Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif, (Jakarta: Ichtiar Baru-Van Hoeve, 1975), hal. 88.

160 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 26.

161 Lihat Apeeldorn, Op.cit., hal. 240.

Menurut Maurice Duverger[162] Hukum Konstitusi adalah salah satu cabang dari hukum publik yang mengatur organisasi dan fungsi-fungsi politik suatu lembaga negara.

Seperti di atas telah dijelaskan, Prancis memakai istilah *droit constitutional* untuk Hukum Tata Negara. Dari ilmu pengetahuan hukum sudah diketahui bahwa Hukum Tata Negara adalah bagian dari hukum publik, dan definisi ini hanya menitikberatkan kepada organisasi dan fungsi dari alat perlengkapan negara (lembaga negara).

Sedangkan menurut Kusumadi Pudjosewojo[163] Dalam bukunya "Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia" disebutkan bahwa Hukum Tata Negara adalah "hukum yang mengatur bentuk negara (kesatuan atau federal), dan bentuk pemerintahan (kerajaan atau republik), yang menunjukkan masyarakat hukum yang atasan maupun yang bawahan, beserta tingkatan-tingkatannya (*hierarchie*), yang selanjutnya menegaskan wilayah dan lingkungan rakyat dari masyarakat-masyarakat hukum itu dan akhirnya menunjukkan alat-alat perlengkapan (yang memegang kekuasaan penguasa) dari masyarakat hukum itu, beserta susunan (terdiri dari seorang atau sejumlah orang), wewenang, tingkatan imbangan dari dan antara alat perlengkapan itu."

Definisi yang panjang ini sesungguhnya banyak persamaannya dengan definisi van Vollenhoven. Walaupun ada penambahan mengenai bentuk negara dan bentuk pemerintahan, namun sebagaimana definisi van Vollenhoven, definisi ini juga hanya membicarakan tentang masyarakat hukum, alat perlengkapan negara, wewenangnya, susunan dan hubungan serta tingkatan imbangannya.

Dari definisi itu semuanya dapatlah diketahui bahwa perbedaan pada titik berat yang diletakkan dalam merumuskan Hukum Tata Negara atau perbedaan lingkungan dan mungkin juga pandangan hidup dari para ahli Hukum Tata Negara menyebabkan definisi-definisi tersebut tidak sama; namun demikian dapat ditarik kesimpulan bahwa hampir semua definisi membicarakan tentang organisasi negara dan alat-alat perlengkapan negara, susunan, wewenang dan hubungannya satu dengan yang lainnya.

162 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 30.

163 Kusumadi Pudjosewojo, Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia, cet. ke-10, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hal. 86.

Menurut Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, bahwa Hukum Tata Negara dapat dirumuskan sebagai sekumpulan peraturan hukum yang mengatur organisasi dari pada negara, hubungan antar alat perlengkapan negara dalam garis vertikal dan horizontal, serta kedudukan warga negara dan hak-hak asasinya.[164]

Sedangkan, Menurut Mac-Iver bahwa Hukum Tata Negara (*constitutional law*) adalah hukum yang mengatur negara, sedangkan hukum yang oleh negara dipergunakan untuk mengatur sesuatu selain negara disebut sebagai hukum biasa (*ordinary law*).[165]

Baginya, hanya ada dua golongan hukum, yaitu hukum tata negara atau constitutional law dan hukum yang bukan hukum tata negara, yaitu yang disebutnya sebagai ordinary law. Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*) merupakan hukum yang memerintah negara, sedangkan Hukum Biasa (Ordinary Law) dipakai oleh negara untuk memerintah.[166]

Menurut A.V. Dicey A.V. Dicey[167] dalam bukunya "*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*" tahun 1952, menyebutkan bahwa istilah hukum konstitusional atau Hukum Tata Negara yang dipergunakan di Inggris, mencakup semua peraturan yang secara langsung atau tidak langsung memeengaruhi distribusi atau dijalankannya kekuasaan tertinggi dalam negara. Selanjutnya menurut Dicey, jadi hukum konstitusional mencakup seluruh aturan yang mendefinisikan anngota pemegang kekuasaan tertinggi, atau anggotanya, menjalankan otoritasnya.[168] Dalam hal ini, A.V. Dicey menitikberatkan mengenai persoalan distribusi atau pembagian kekuasaan dan pelaksanaan kekuasaan tertinggi dalam suatu negara.[169]

Setelah mempelajari rumusan-rumusan definisi tentang Hukum Tata Negara dari berbagai sumber tersebut di atas, dapat diketahui bahwa di antara para ahli tidak terdapat kesatuan pendapat mengenai hal ini. Dari pendapat yang beragam itu kita dapat mengetahui bahwa sebenarnya:[170]

164 Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Op.cit., hal. 29.

165 Mac Iver, Op.cit., hal. 225.

166 Ibid. Lihat pula, Wirjono Prodjodikoro, Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia, (Jakarta: Dian Rakyat, 1989), hal. 9.

167 A.V Dicey, Introduction to the study of the law of the constitution, (Mc Milan and CO., Limited St. Martin's Street, London, 1952. Diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Nurhadi, Pengantar Studi Hukum Konstitusi, Bandung: Nusamedia, 2008, hal. 117.

168 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 35.

169 Kusnardi dan Ibrahim, Op.Cit., hal. 27.

170 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 34.

(a) hukum tata negara itu adalah ilmu yang termasuk salah satu cabang ilmu hukum, yaitu hukum kenegaraan yang berada di ranah hukum publik;
(b) definisi hukum tata negara telah dikembangkan oleh para ahli sehingga tidak hanya mencakup kajian mengenai organ negara, fungsi dan mekanisme hubungan antar-organ negara itu, tetapi mencakup pula persoalan-persoalan yang terkait dengan mekanisme hubungan antara organ-organ negara itu dengan warga negara;
(c) hukum tata negara tidak hanya merupakan *recht* atau hukum dan apalagi hanya sebagai *wet* atau norma hukum tertulis, tetapi juga adalah *lehre* atau teori, sehingga pengertiannya mencakup apa yang disebut sebagai *verfassungsrecht* (hukum konstitusi) dan sekaligus *verfassungslehre* (teori konstitusi); dan
(d) hukum tata negara dalam arti luas mencakup baik hukum yang mempelajari negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) maupun yang mempelajari negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*).

Oleh sebab itu, Menurut jimly Ashiddiqie[171], dalam pengertian hukum tata negara itu harus dimasukkan pula faktor konstitusi sebagai objek kajian yang pokok. Konstitusi, baik dalam arti materiil, formil, administratif, atau pun tekstual, dalam arti *collective mind* atau pun dalam arti *civic behavioral realities*, adalah pusat perhatian yang sangat penting dari ilmu hukum tata negara atau *the study of the constitutional law*. Konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat mencakup tiga pengertian, yaitu:

(a) *Constitutie in materiile zin* yang dikualifikasikan karena isinya, misalnya berisi jaminan hak asasi, bentuk negara, dan fungsi-fungsi pemerintahan, dan sebagainya;
(b) *Constitutie in formele zin* yang dikualifikasikan karena pembuatnya, misalnya oleh MPR; atau
(c) Konstitusi dalam arti naskah Grondwet sebagai *geschreven document*, misalnya harus diterbitkan dalam Lembaran Negara, supaya dapat menjadi alat bukti dan menjamin stabilitas satu kesatuan sistem rujukan.[172]

171 Ibid. Hal. 35.
172 Djokosoetono, Op. Cit., hal. 47-48.

Di samping itu, konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat berupa nilai-nilai dan norma yang terkandung dalam teks konstitusi itu sendiri, atau pun nilai-nilai dan norma yang hidup dalam kesadaran kognitif atau *collective minds* dan perilaku segenap warga negara (*civic behaviors*). Oleh karena itu, menurut Jimly, hukum tata negara itu haruslah diartikan sebagai hukum dan kenyataan praktik yang mengatur tentang:

1) nilai-nilai luhur dan cita-cita kolektif rakyat suatu negara;
2) format kelembagaan organisasi negara;
3) mekanisme hubungan antarlembaga negara; dan
4) mekanisme hubungan antara lembaga negara dengan warga negara.

Dengan demikian, Ilmu Hukum Tata Negara menurut Jimly Ashiddidiqie[173], dapat dirumuskan sebagai cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis atau pun yang hidup dalam kenyataan praktik kenegaraan berkenaan dengan (i) konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara, (ii) institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya, (iii) mekanisme hubungan antar-institusi itu, serta (iv) prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dengan warga negara. Keempat unsur dalam definisi hukum tata negara tersebut di atas, pada pokoknya adalah hakikat konstitusi itu sendiri sebagai objek utama kajian hukum tata negara (*constitutional law*). Karena pada dasarnya, konstitusi itu sendiri berisi (i) konsensus antar-rakyat untuk hidup bersama dalam suatu komunitas bernegara dan komunitas kewarganegaraan, (ii) konsensus kolektif tentang format kelembagaan organisasi negara tersebut, dan (iii) konsensus kolektif tentang pola dan mekanisme hubungan antar-institusi atau kelembagaan negara, serta (iv) konsensus kolektif tentang prinsip-prinsip dan mekanisme hubungan antara lembaga-lembaga negara tersebut dengan warga negara.

173 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 36.

B. SUMBER HUKUM TATA NEGARA

Apakah yang dimaksud dengan "sumber hukum"? Dalam bahasa Inggris, sumber hukum itu disebut *source of law*. Perkataan "sumber hukum" itu sebenarnya berbeda dari perkataan "dasar hukum", "landasan hukum", atau pun "payung hukum". Dasar hukum atau pun landasan hukum adalah legal basis atau *legal ground*, yaitu norma hukum yang mendasari suatu tindakan atau perbuatan hukum tertentu sehingga dapat dianggap sah atau dapat dibenarkan secara hukum. Sedangkan, perkataan "sumber hukum" lebih menunjuk kepada pengertian tempat dari mana asal-muasal suatu nilai atau norma tertentu berasal.[174]

Seperti dikemukakan di atas, sumber hukum dapat dibedakan antara yang bersifat formal (*source of law in formal sense*) dan sumber hukum dalam arti material (*source of law in material sense*). Bagi kebanyakan sarjana hukum, biasanya yang lebih diutamakan adalah sumber hukum formal, baru setelah itu sumber hukum material apabila hal itu memang dipandang perlu. Sumber hukum dalam arti formal itu adalah sumber hukum yang dikenali dari bentuk formalnya. Dengan mengutamakan bentuk formalnya itu, maka sumber norma hukum itu haruslah mempunyai bentuk hukum tertentu yang bersifat mengikat secara hukum.

Di samping itu, di masing-masing negara, juga berlaku sistem hukumnya secara sendiri-sendiri yang berbeda-beda pula pengertiannya tentang sumber hukum itu. Belum lagi, jika masing-masing negara itu mempunyai tradisi hukum yang berbeda pula satu dengan yang lainnya, maka tentu sumber hukum yang diakui juga berbeda-beda. Misalnya, sistem *common law* lebih mengutamakan asas *precedent* dan doktrin *judge-made law*, sehingga yurisprudensi peradilan lebih diutamakan, sedangkan dalam sistem *civil law*, peraturan tertulislah yang lebih penting daripada yang lain.

Khusus dalam bidang ilmu hukum tata negara pada umumnya (*verfassungs, rechts, lehre*), yang biasa diakui sebagai sumber hukum adalah:

1) Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis[175];

174 Ibid., hal 151 et seq.

175 Konstitusi ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis. Konstitusi yang tertulis disebut undang-undang

2) Yurisprudensi peradilan[176];

dasar, grondwet (Belanda), grondgezets (Jerman), atau droit constitutionnel (Perancis). Sedangkan yang tidak tertulis tetap disebut sebagai konstitusi yang tidak tertulis (onschreven constitutie, unwritten constitution) yang juga termasuk pengertian gerund-norms atau norma dasar atau hukum dasar (basic principles). Dalam uraian John Alder di atas, antara the basic principle dan general political and moral values dibedakan satu sama lain. Namun keduanya berada dalam dunia yang sama, yaitu dunia nilai-nilai dan norma yang tidak tertulis dan berisi prinsip-prinsip yang diidealkan dalam perikehidupan bernegara. Prinsip-prinsip yang diidealkan itu dapat berupa sesuatu yang diidealkan secara kognitif (collective minds), dan dapat pula dianggap ideal karena memang tercermin dalam pola perilaku nyata (actual behavioral realities) dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Dengan demikian, kita dapat membedakan antara (i) pengertian-pengertian norma konstitusi dalam teks (textually written constitutional rules), (ii) norma konstitusi dalam pikiran warga negara (cognitively perceived constitutional rules),dan (iii) norma konstitusi dalam perilaku nyata segenap warga negara (actually working constitutional rules). Apa yang dimaksudkan dengan nilai konstitusi yang tidak tertulis itu adalah yang kedua dan yang ketiga, yaitu nilai-nilai dan norma hukum tata negara yang dianggap ideal tetapi tidak tertulis, juga harus diterima sebagai norma konstitusi yang mengikat dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara. Nilai-nilai dan norma yang dimaksud dapat berupa pikiranpikiran kolektif dan dapat pula berupa kenyataan-kenyataan perilaku yang hidup dalam masyarakat negara yang bersangkutan. Oleh sebab itu, constitutional rules di setiap negara berbeda-beda satu dengan yang lain. Meskipun pola konstitusi tertulisnya sama, tetapi karena komunitas kehidupan warganya berbeda, maka tentu constitutional rulesyang menjadi sumber hukum dalam membuat keputusan-keputusan kenegaraan harus berbeda satu dengan yang lain. Dalam konteks Konstitusi tertulis, misalnya, Undang-Undang Dasar merupakan naskah konstitusi yang tertulis dalam satu kodifikasi (written constitution, schreven constitutie). Misalnya, Republik Indonesia pernah mempunyai beberapa versi naskah yang berbeda, yaitu: (i) UUD 1945 periode 1: 1945-1949, (ii) Konstitusi RIS Tahun 1949, (iii) UUDS Tahun 1950, (iv) UUD 1945 periode 2: tahun 1959-1999, (v) UUD 1945 periode 3: tahun 1999-2000, (vi) UUD 1945 periode 4: tahun 2000-2001, (vii) UUD 1945 periode 5: tahun 2001-2002, dan (viii) UUD 1945 periode 6: tahun 2002 sampai dengan sekarang. Naskah UUD 1945 dalam kedelapan periode itu berbeda-beda satu dengan yang lain dikarenakan terjadinya perubahan-perubahan. Naskah yang terakhir setelah Perubahan Keempat tahun 2002 diberi nama resmi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Sesudah Perubahan UUD 1945, maka pada tahun 2011 telah diundangkan Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang kemudian menjadi sumber rujukan dalam rangka pembentukan peraturan perundang- undangan. Sumber-sumber hukum yang pertama inilah yang disebut di atas sebagai sumber hukum formal, yaitu naskah undang-undang dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis lainnya.

Pada umumnya, hukum tertulis itu merupakan produk legislasi oleh parlemen atau produk regulasi oleh pemegang kekuasaan regulasi yang biasanya berada di tangan pemerintah atau badan-badan yang mendapat delegasi kewenangan regulasi lainnya. Oleh karena itu, bentuknya dapat berupa legislative acts seperti Undang-Undang atau executive acts seperti Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Bank Indonesia, Peraturan KPU, KPPU, KPI, dan sebagainya. Demikian pula lembaga-lembaga pelaksana undang-undang lainnya biasa diberi pula kewenangan untuk menetapkan sendiri peraturan-peraturan yang bersifat internal seperti Mahkamah Agung menetapkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA), Mahkamah Konstitusi menetapkan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK), Badan Pemeriksa Keuangan juga demikian, dan lain-lain sebagainya.

176 Namun demikian, sekali putusan pengadilan itu benar-benar telah dianggap sebagai yurisprudensi, maka bagi para hakim di pengadilan, statusnya dianggap sebagai salah satu sumber hukum yang mengikat seperti halnya undang-undang. Dalam sistem common law, putusan pengadilan inilah yang justru lebih utama sesuai dengan asas precedent. Akan tetapi dalam tradisi civil law, putusan pengadilan tidak dianggap paling utama, meskipun tetap dijadikan sebagai salah satu sumber hukum. Tidak semua putusan pengadilan dapat

3) Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*[177];

dijadikan referensi yang mengikat. Untuk dapat mengikat sebagai sumber hukum, putusan pengadilan harus lebih dulu memenuhi syarat sehingga diakui sebagai yurisprudensi yang harus pula dibedakan dari istilah yang sama yang biasa ditemukan dalam literatur common law. Di Inggris, Amerika, Kanada, dan Australia, istilah jurisprudenceberarti ilmu hukum. Sebab sejak semula, hukum dalam tradisi Anglo Saxonia memang tumbuh dari putusan-putusan pengadilan. Ilmu hukum dikembangkan dengan cara mempelajari kasus-kasus dan putusan pengadilan. Oleh karena itu, lama kelamaan, istilah jurisprudencedi Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris lainnya yang dipengaruhi oleh sistem hukum Anglo Saxon, berkembang dalam pengertian ilmu hukum. Dalam sistem kontinental seperti di Jerman, Perancis, dan Belanda, putusan pengadilan dianggap sebagai salah satu saja dari norma hukum yang dipelajari dan dijadikan sumber hukum. Untuk itu, istilah jurisprudentie di Belanda menunjuk kepadapengertian putusan pengadilan yang bersifat tetap yang kemudian dijadikan referensi bagi hakim lain dalam memeriksa perkara serupa di kemudian hari. Pengertian inilah yang diadopsi ke dalam sistem hukum Indonesia. Seperti dikemukakan di atas, tidak semua putusan pengadilan dapat menjadi atau dianggap sebagai yurisprudensi. Dalam sistem hukum Indonesia, dipersyaratkan bahwa putusan pengadilan itu (i) harus sudah merupakan putusan yang berkekuatan hukum tetap (inkracht van gewijs), (ii) dinilai baik dalam arti memang menghasilkan keadilan bagi pihak-pihak bersangkutan, (iii) putusan yang harus sudah berulang beberapa kali atau dilakukan dengan pola yang sama di beberapa tempat terpisah, (iv) norma yang terkandung di dalamnya memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku, atau kalaupun ada tidak begitu jelas, dan (v) putusan itu dinilai telah memenuhi syarat sebagai yurisprudensi dan direkomendasikan oleh tim eksaminasi atau tim penilai tersendiri yang dibentuk oleh Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi untuk menjadi yurisprudensi yang bersifat tetap. Untuk diakui sebagai yurisprudensi yang bersifat tetap, putusan pengadilan harus memenuhi kelima persyaratan tersebut secara kumulatif. Lihat, Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 176 et seq. Bandingkan dengan Ahmad Kamil dan M. Fauzan, Kaidah-Kaidah Yurisprudensi, (Jakarta: Prenada Media, 2004), hal.11-12. Baca juga Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara, (Jakarta: Mahkamah Agung, 1995).

177 Sumber selanjutnya adalah konvensi ketatanegaraan atau constitutional conventions atau kadang-kadang disebut juga conventions of the constitution. Lihat, Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, (Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004). Konvensi tidak identik dengan kebiasaan. Dengan demikian, konvensi ketatanegaraan juga tidak identik dengan kebiasaan ketatanegaraan. Kebiasaan menuntut adanya perulangan yang teratur, sedangkan konvensi tidak selalu harus didasarkan atas perulangan. Konvensi ketatanegaraan (the conventions of the constitution)dapat berbentuk kebiasaan, dapat pula berbentuk praktik-praktik (practices) atau pun constitutional usages. Terhadap hal ini, yang penting adalah bahwa kebiasaan, kelaziman, dan praktik yang harus dilakukan dalam proses penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis, dianggap baik dan berguna dalam penyelenggaraan negara menurut undang-undang dasar. Oleh karena itu, meskipun tidak didasarkan atas ketentuan konstitusi tertulis, hal itu tetap dinilai penting secara konstitusional (constitutionally meaningful). Oleh sebab itu, konvensi ketatanegaraan atau kebiasaan ketatanegaraan semacam itu dianggap harus ditaati sebagai konstitusi juga, yaitu sebagai konstitusi yang tidak tertulis. Tentu, konvensi atau kebiasaan itu sendiri dapat saja diubah. Cara mengubahnya tidak sesulit jika dibandingkan dengan konstitusi yang tertulis. Konvensi ketatanegaraan atau pun kebiasaan ketatanegaraan dapat saja diubah dengan melakukan penyimpangan yang dianggap perlu sebagai konvensi baru yang untuk selanjutnya, setelah dilakukan berulang-ulang, menjadi kebiasaan yang baru pula. Di Indonesia juga dapat ditemukan banyak konvensi ketatanegaraan yang dipraktikkan sejak dulu sampai sekarang. Umpamanya, adanya kebiasaan penyelenggaraan kegiatan Pidato Kenegaraan Presiden pada Rapat Paripurna DPR-RI tanggal 16 Agustus setiap tahun, baik yang berlaku sejak awal masa pemerintahan Presiden Soeharto maupun yang berlaku sampai dengan sekarang. Di masa pemerintahan Presiden Soekarno, pidato kenegaraan semacam itu dilaksanakan langsung di hadapan rakyat di depan Istana Merdeka pada setiap tanggal 17 Agustus, sekaligus dalam rangka perayaan hari kemerdekaan. Pidato Presiden Soekarno di depan istana tersebut biasanya disebut

4) Hukum internasional tertentu; dan
5) Doktrin ilmu hukum tata negara tertentu[178].

Dalam kelima sumber hukum tata negara tersebut, tercakup pula pengertian-pengertian yang berkenaan dengan (i) nilai-nilai dan norma hukum yang hidup sebagai konstitusi yang tidak tertulis, (ii) kebiasaan-kebiasaan yang bersifat normatif tertentu yang diakui baik dalam lalu lintas hukum yang lazim, dan (iii) doktrin-doktrin ilmu pengetahuan hukum yang telah diakui sebagai *ius comminis opinio doctorum* di kalangan para ahli yang mempunyai otoritas yang diakui umum. Dalam setiap sistem hukum, ketiga hal ini biasa juga dianggap sebagai sumber hukum yang dapat dijadikan referensi atau rujukan dalam membuat keputusan hukum.

Dalam bukunya "*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*", Albert Venn Dicey menyatakan bahwa:

> "fakta bahwa aturan yang membentuk hukum konstitusional, sebagaimana istilah yang digunakan di Inggris, menyertakan dua macam prinsip atau aturan dasar dengan ciri yang sama sekali berbeda".[179]

Pertama, dalam pengertiannya yang bersifat *strict* adalah hukum atau *laws* yang diterapkan oleh pengadilan. Peraturan dalam kategori pertama ini, menurut Dicey, mencakup juga semua norma jenis *rules*, yang

sebagai "Amanat 17 Agustus". Beberapa sarjana dan juga Presiden Soekarno sendiri menyatakan bahwa pidatonya itu merupakan bentuk pertanggungjawabannya sebagai Pemimpin Besar Revolusi, bukan sebagai Presiden. Namun, setelah masa Orde Baru, pidato kenegaraan tersebut diubah menjadi pidato kenegaraan di depan rapat paripurna DPR-RI, dan fungsinya dikaitkan dengan penyampaian nota keuangan dalam rangka rancangan APBN oleh Presiden kepada DPR-RI. Dengan demikian, fungsi Pidato Presiden tersebut berubah menjadi pidato yang bersifat lebih teknis, dan bukan lagi sebagai pidato yang bersifat simbolik dan sekaligus kerakyatan, sehingga tepat disebut sebagai Pidato Kenegaraan yang diadakan khusus satu kali dalam setiap tahun dalam rangka perayaan hari kemerdekaan. Lihat Jimly Ashidiqie, Op.cit., hal. 178.

178 Doktrin ilmu pengetahuan hukum juga dapat dijadikan sumber hukum (the source of law), karena pendapat seorang ilmuwan yang mempunyai otoritas dan kredibilitas dapat dijadikan rujukan yang mengikat dalam membuat keputusan hukum. Fatwa atau legal opinion merupakan pendapat hukum yang tidak mengikat. Pendapat hukum itu dapat diajukan oleh ilmuwan hukum mengenai sesuatu persoalan atau oleh lembaga negara resmi, seperti Mahkamah Agung, asalkan pengaturan mengenai hal itu memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku. Dalam hal demikian, maka pendapat hukum (legal opinion) itu dapat dijadikan rujukan dalam membuat keputusan asalkan memenuhi beberapa persyaratan. Persyaratan dimaksud adalah bahwa (i) ilmuwan yang bersangkutan dikenal dan diakui luas sebagai ilmuwan yang memiliki otoritas di bidangnya dan mempunyai integritas yang dapat dipercaya; (ii) terhadap persoalan yang bersangkutan memang tidak ditemukan dalam peraturan tertulis yang berlaku; (iii) pendapat hukum dimaksud telah diakui keunggulannya dan diterima oleh umum, khususnya di kalangan sesama ilmuwan. Dengan kata lain, pendapat yang bersangkutan sudah menjadi ius comminis opinion doctorum atau sudah menjadi prinsip atau pendapat ilmiah yang diterima oleh umum. Ibid., 181 et seq.

179 Lihat, A.V. Dicey, Op.cit hal. 117.

tertulis atau tidak tertulis (*written or unwritten*), yang ditetapkan dengan undang-undang atau sebagai peraturan tertulis (*enacted by statute*) atau hanya lahir dari adat istiadat yang umum, tradisi, atau prinsip-prinsip yang diciptakan oleh hakim (*derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims*) yang dikenal sebagai *the common laws*.[180]

Semua jenis peraturan dalam kategori pertama ini, sepanjang dapat ditegakkan oleh pengadilan dapat disebut atau tercakup dalam pengertian *constitutional law*. Kriteria yang dipakai oleh Dicey di sini adalah dapat tidaknya norma hukum yang bersangkutan diterapkan oleh hakim di pengadilan. Untuk menegaskan perbedaan bentuk-bentuk hukum tertulis yang mengandung norma hukum konstitusi tersebut dengan bentuk norma hukum konstitusi yang lain, maka hal itu disebut oleh Dicey secara keseluruhannya sebagai *the law of the constitution* yang dibedakannya dari pengertian *the conventions of the constitution*.

Constitutional rules dalam pengertian yang terakhir, menurut Dicey, terdiri atas:

> "aturan yang lain terdiri dari konvensi, pemahaman, kebiasaan, atau praktik yang, kendati bisa mengatur perbuatan beberapa anggota pemegang kekuasaan tertinggi, para menteri, atau pejabat lain, sebenarnya sama sekali bukan hukum karena itu semua tidak diteggakan oleh pengadilan. Bagian dari hukum konstitusional ini, dengan tujuan melakukan melakukan pemisahan, dapat disebut sebagai "konvensi konstitusi," atau moralitas konstitsuional".[181]

Oleh karena itu, dalam pandangan A.V. Dicey, perkataan *constitutional law* mencakup dua unsur pengertian, yaitu (i) *the law of the constitution*, dan (ii) *the conventions of the constitution*. *The law of the constitution merupakan a body of undoubted law*, sedangkan *the conventions of the constitutionter* diri atas *maxims* atau praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur para subjek hukum tata negara yang biasa menurut undang-undang dasar, bukanlah merupakan hukum dalam arti yang sebenarnya.[182]

Bagi A.V. Dicey, meskipun keduanya sama-sama merupakan *constitutional rules* dan sama-sama dapat disebut *constitutional law* dalam

180 Ibid., 118

181 Ibid. Untuk memudahkan pemahaman mengenai hubungan relevansi antara hukum konstitusi dengan konvensi konstitusi. Lihat, pada pembahasan bab terakhir terjemahan buku Dicey, yakni pada halaman 447.

182 Ibid.

arti luas, tetapi *the convention of the constitution* itu lebih merupakan *constitutional morality* daripada t*he law of the constitution*. Oleh karena itu, menurut A.V. Dicey, sumber hukum tata negara Inggris terdiri pula atas beberapa sumber yang dapat dikelompokkan dalam dua golongan, yaitu:

1) *The Law of the Constitution*, mencakup:
   a) Dokumen-dokumen sejarah (*historic documents*), seperti Magna Charta Tahun 1215 yang biasa disebut juga dengan *The Great Charter of* 1215, *Petition of Right*, atau *Bill of Rights* (1689);
   b) Undang-undang yang ditetapkan oleh parlemen (*legislative acts, parliamentary statutes*);
   c) *Judicial decisions* (putusan-putusan pengadilan) terdahulu;
   d) *Principles and rules of common law*, yaitu prinsip-prinsip yang sudah diterima sebagai hukum, meskipun tidak dituangkan dalam bentuk undang-undang atau peraturan tertulis tertentu, tetapi kebanyakan dikuatkan oleh putusan pengadilan.
2) *The Conventions of the Constitution*, yang mencakup:
   a) Kebiasaan-kebiasaan (*habits*);
   b) Tradisi-tradisi (*traditions*);
   c) Adat istiadat (*customs*);
   d) Praktik-praktik (*practices and usages*).

Demikian pula mengenai kebiasaan-kebiasaan ketatanegaraan, banyak sekali hal-hal yang sudah dianggap kelaziman konstitusional yang tidak dipersoalkan orang lagi apakah ia tertulis atau tidak. Kebiasaan-kebiasaan itulah yang dikenal dengan istilah konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*. Menurut Dicey dalam bukunya "*An Introduction to Study of the Law of the Constitution*", banyak prinsip-prinsip penting hukum konstitusi yang mengambil bentuk konvensi ketatanegaraan. Prinsip-prinsip dimaksud termasuk konvensi, kebiasaan, dan praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur, tetapi sama sekali bukan hukum, karena tidak ditetapkan oleh parlemen atau pun oleh pengadilan.

Selain itu, dalam ilmu hukum, pendapat para ahli yang dikenal luas dan diakui memiliki otoritas di bidangnya, lazimnya diterima juga

sebagai sumber hukum yang disebut dengan doktrin dalam ilmu hukum. Dalam sistem hukum fiqih, misalnya, dikenal juga pendapat mazhab-mazhab yang diakui mengikat dan dijadikan referensi oleh hakim dalam memutuskan sesuatu perkara. Istilah yang digunakan oleh Jimly Ashiddiqie, yakni sebagai *the professor's law*,[183]yaitu dijadikan hukum karena pendapat ilmuwan hukum yang diakui mengikat. Sebenarnya, inilah yang dinamakan sebagai doktrin dalam ilmu hukum, yaitu pendapat ahli yang sudah diakui oleh para ahli lainnya sehingga terbentuk suatu pendapat yang diakui oleh umum (*public opinion*) atau dalam istilah latinnya sudah menjadi *comminis opinio doctorum*. Dalam ilmu hukum, pendapat semacam itu juga diakui sebagai sumber hukum yang mengikat.

C. KONSEPSI KONSTITUSI DAN KONSTITUSIONALISME

Dari catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani Kuno *politeia* dan perkataan bahasa Latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata *jus*. Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* itulah awal mula gagasan konstitusionalisme diekspresikan oleh umat manusia. Kata *politeia* dari kebudayaan Yunani dapat disebut yang paling tua usianya. Pengertiannya secara luas mencakup

all the innumerable characteristics which determine that state's peculiar nature, and these include its whole economic and social texture as well as matters governmental in our narrower modern sense. It is a purely descriptive term, and as inclusive in its meaning as our own use of the word 'constitution' when we speak generally of a man's constitution or of the constitution of matter.[184]

Istilah konstitusi berasal dari bahasa Perancis (*constituer*) yang berarti membentuk. Pemakaian istilah konstitusi yang dimaksudkan ialah pembentukan suatu negara atau menyusun dan menyatakan suatu negara.[185]

183 Lihat Lihat Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, (Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004).

184 Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia, Makalah, Bahan disampaikan pada Lecture Peringatan 10 Tahun KontraS. Jakarta, 26 Maret 2008. Hal. 1

185 Wirjono Projodikoro, Op.cit., hal.10.

Di negara-negara yang menggunakan bahasa Inggris sebagai bahasa nasional, dipakai istilah *Constitution* yang dalam bahasa Indonesia disebut konstitusi.[186] Pengertian konstitusi, dalam praktik dapat berarti lebih luas daripada pengertian Undang-Undang Dasar, tetapi ada juga yang menyamakan dengan pengertian Undang-Undang Dasar. Bagi para sarjana ilmu politik istilah *Constitution* merupakan sesuatu yang lebih luas, yaitu keseluruhan dari peraturan-peraturan baik yang tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur secara mengikat cara-cara bagaimana sesuatu pemerintahan diselenggarakan dalam suatu masyarakat.

Dalam bahasa Latin, kata konstitusi merupakan gabungan dari dua kata, yaitu *cume* dan *statuere*. *Cume* adalah sebuah preposisi yang berarti "bersama dengan...", sedangkan *statuere* berasal dari kata *sta* yang membentuk kata kerja pokok *stare* yang berarti berdiri. Atas dasar itu, kata *statuere* mempunyai arti "membuat sesuatu agar berdiri atau mendirikan/menetapkan." Dengan demikian bentuk tunggal (*constitutio*) berarti menetapkan sesuatu secara bersama-sama dan bentuk jamak (*constitusiones*) berarti segala sesuatu yang telah ditetapkan.[187]

Mencermati dikotomi antara istilah *constitution* dengan *gronwet* (Undang-Undang Dasar) di atas, L.J. Van Apeldoorn telah membedakan secara jelas di antara keduanya, kalau *gronwet* (Undang-Undang Dasar) adalah bagian tertulis dari suatu konstitusi, sedangkan *constitution* (konstitusi) memuat baik peraturan tertulis maupun yang tidak tertulis. Sementara Sri Soemantri M, dalam disertasinya mengartikan konstitusi sama dengan Undang-Undang Dasar.[188] Penyamaan arti dari keduanya ini sesuai dengan praktik ketatanegaraan di sebagian besar negara-negara dunia termasuk di Indonesia.

Penyamaan pengertian antara konstitusi dengan Undang-Undang Dasar, sebenarnya sudah dimulai sejak Oliver Cromwell (*Lord Protector Republik Inggris* 1649-1660) yang menamakan Undang-Undang Dasar itu senagai *Instrument of Goverment*, yaitu bahwa Undang-Undang Dasar dibuat sebagai pegangan untuk memerintah dan di sinilah timbul identifikasi dari pengertian Konstitusi dan Undang-Undang Dasar.

186 Sri Soemantri M., Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia, Sinar harapan, Jakarta, 1993, hal. 29; Lihat, juga dalam Miriam Budiarjo, Dsar-dasar Ilmu Politik, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1992, hal.95

187 Koerniatmanto Soetoprawito, Konstitusi: Pengertian dan Perkembangannya, Pro Justitia, No. 2 Tahun V, Mei 1987, hal.28-29

188 Sri Soemantri, Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi, Disertasi Alumni, Bandung, 1987, hal. 1.

Sebaliknya perlu dicatat bahwa dalam kepustakaan Belanda (misalnya L.J. Van Apeldoorn) diadakan pembedaan antara pengertian Undang-Undang Dasar dengan konstitusi.

Berkaitan dengan konstitusi pula, sejarah menunjukkan bahwa hampir tidak ada negara di dunia ini yang tidak memiliki konstitusi, utamanya konstitusi tertulis.[189] Perbedaan bentuk negara[190]: Kesatuan[191], Federal[192], Monarki[193], maupun sistem pemerintahan[194]: presidentil[195], parlementer[196], dan model pemerintahan lainnya tidak menghapuskan peran dan keberadaan konstitusi sebagai hukum dasar. Konstitusi diakui sebagai hukum tertinggi yang berlaku di setiap negara. Ia mendapat posisi terhormat dalam sebuah negara hukum sebagai *supreme of the law*. Namun, agar dapat diterima oleh rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi dalam sebuah negara, konstitusi harus menghormati, menghargai dan mewujudkan prinsip-pinsip demokrasi dan hak asasi manusia, sehingga bercirikan konstitusi yang demokratis, tidak kaku apalagi otoriter.

189 Negara-negara yang dimaksud misalnya Inggris (United Kingdom) dikenal sebagai negara yang tidak memiliki konstitusi tertulis. Namun demikian, dalam teori dan praktik, Inggris tetap dianggap sebagai Negara konstitusional yang mempunyai konstitusinya sendiri. Inggris adalah kerajaan yang kekuasaan Raja, Ratu, dan pemerintahannya dibatasi oleh hukum atau konstitusi yang tidak tertulis. Karena itu, dalam berbagai literatur dan dalam praktik, Kerajaan Inggris selalu dikategorikan sebagai constitutional state, constitutional government, dan constitutional democracy. Lihat: Jimly Asshiddiqie, Konstitusi Ekonomi, Jakarta, Penerbit Kompas. 2010, hal 125.

190 Bentuk negara menyatakan susunan atau organisasi negara secara keseluruhan, mengenai struktur negara yang meliputi segenap unsur-unsurnya. Bentuk negara melukiskan dasar-dasar negara, susunan, dan tata tertib suatu negara berhubungan dengan organ tertinggi dalam negara itu dan kedudukan masing-masing organ itu dalam kekuasaan Negara.Lihat: Samidjo. Ilmu Negara, Bandung: Armico. 1986, hal 162.

191 Yang dimaksud dengan negara kesatuan ialah suatu negara yang merdeka dan berdaulat, di mana di seluruh negara yang berkuasa hanyalah satu pemerintah (pusat) yang mengatur seluruh daerah. Jadi, tidak terdiri atas beberapa daerah yang berstatus negara bagian (deelstaat). Ibid., hal 164-165.

192 Federasi berasal dari kata Latin Foedus, yang berarti perjanjian atau persetujuan. Dalam federasi atau negara serikat (federasi = bondstaat = bundesstaat) merupakan dua atau lebih kesatuan politik yang sudah atau belum berstatus negara berjanji untuk bersatu dalam suatu ikatan politik, ikatan mana akan mewakili mereka sebagai keseluruhan. Jadi, merupakan suatu negara bagian yang masing-masing tidak berdaulat. Yang berdaulat adalah persatuan dari negara itu yaitu negara serikat (pemerintahan faderal). Ibid., hal 165-167

193 Jika seorang kepala negara diangkat berdasarkan hak waris atau turun-temurun. Kepala negaranya disebut Raja/Ratu/Kaisar, atau yang sejenisnya. Ibid,. hal 183-184.

194 Sistem pemerintaha diartikan sebagai suatu tatanan utuh yang terdiri atas berbagai komponen pemerintahan yang bekerja saling bergantungan dan memengaruhi dalam mencapaian tujuan dan fungsi pemerintahan menyelenggarakan kepentingan rakyat. Lihat: Jimly Asshiddiqie, Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Jilid II, Jakarta, Setjen dan Kepeniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. 2006, hal 59.

195 Sistem pemerintahan disebut presidentil apabila kedudukan kepala Negara tidak terpisah dari jabatan kepala pemerintahan. Lihat: Ibid. hal 60.

196 Sistem pemerintahan disebut parlementer apabila sistem kepemimpinannya terbagi dalam jabatan kepala negara dan kepala pemerintahan sebagai dua jabatan terpisah. Lihat: Jimly, ibid. Hal 59.

Berdasarkan kilas sejarah konstitusi telah ada sejak zaman Yunani Kuno. Hal ini berdasarkan teori negara hukum yang dikembangkan saat itu oleh Plato dan Aristoteles, guru dan murid yang dijuluki sebagai *The Philosoper*. Plato misalnya, dalam *Republic* berpendapat bahwa adalah mungkin mewujudkan negara ideal untuk mencapai kebaikan yang berintikan kebaikan. Untuk itu kekuasaan harus dipegang oleh orang yang mengetahui kebaikan, yaitu seorang filosof *(The Philosopher King)*. *The Philosopher King* dituntut untuk mengajarkan dan mengedepankan kebijakan yang akan menjamin terselenggaranya pemerintahan yang bersih dan berkeadilan.[197]

Juga, dalam bukunya, *The Law,* Plato mengemukakan pandangannya tentang supremasi hukum. Menurutnya, hukum adalah *logismos* atau *reasoned thought* (pikiran yang masuk akal) yang dirumuskan dalam putusan negara. Plato menolak pandangan dan anggapan bahwa otoritas hukum bertumpu semata-mata pada kemauan dan kehendak *governing power* (pihak-pihak yang memangku kekuasaan).[198]

Aristoteles[199], murid Plato, juga bependapat bahwa sebuah konstitusi adalah pengelolaan posisi jabatan di suatu negara dan menentukan apa yang menjadi badan pemerintahannya dan yang menjadi tujuan dari setiap kelompok masyarakat. Tujuan negara adalah untuk mencapai kehidupan yang paling baik *(the best life possible)* yang dapat dicapai dengan supremasi hukum. Hukum adalah wujud kebijaksanaan kolektif warga negara *(collective wisdom),* sehingga peran warga negara diperlukan dalam pembentukannya.[200] Berangkat dari pemikiran tersebut, Aristoteles berpendapat bahwa suatu negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi. Menurutnya, ada tiga unsur pemerintahan berkonstitusi; *pertama*, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; *kedua*, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasar ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang

197 Juniarso Ridwan dan Achmad Sodik, Tokoh-Tokoh Ahli Pikir Tentang Negara dan Hukum; dari Zaman Yunani Kuno Sampai Abad ke-20, Cet. Pertama, Bandung, Nuansa. 2010, hal 22.

198 Ibid.

199 Untuk lebih rinci tentang gagasan Aristoteles, lihat, Aristoteles, La Politica, diterjemahkan kedalam bahasa inggris oleh Benjamin Jowett dan diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, Politik, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008. hal. 171.

200 Jimly Asshidiqie, Menuju Negara Hukum yang Demokratis. Jakarta, PT Bhuana Ilmu Populer. 2009, hal 395. Disadur dari George N. Sabine, A History A Political Theory. Third Edition, (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto London; Holt, Rinehart and Winston, 1961), hal. 35-86 dan 88-105.

yang mengesampingkan konvensi dan konstitusi; *ketiga*, pemerintahan berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan berupa paksaan dan tekanan. Perlawanan terhadap absolutisme yang melahirkan raja-raja yang memiliki kekuasaan mutlak pada abad pertengahan, akhirnya bermuara pada munculnya gagasan negara hukum.[201]

Namun, bersamaan dengan masa-masa suram di Eropa selama abad-abad pertengahan itu, di Timur Tengah tumbuh dan berkembang pesat peradaban baru di lingkungan penganut ajaran Islam. Atas pengaruh Nabi Muhammad SAW, banyak sekali inovasi-inovasi baru dalam kehidupan umat manusia yang dikembangkan menjadi pendorong kemajuan peradaban. Salah satunya ialah penyusunan dan penandatanganan persetujuan atau perjanjian bersama di antara kelompok-kelompok penduduk kota Madinah untuk bersama-sama membangun struktur kehidupan bersama yang di kemudian hari berkembang menjadi kehidupan kenegaraan dalam pengertian modern sekarang. Naskah persetujuan bersama itulah yang kemudian dikenal sebagai Piagam Madinah (*Madinah Charter*). Piagam Madinah ini dapat disebut sebagai piagam tertulis pertama dalam sejarah umat manusia yang dapat dibandingkan dengan pengertian konstitusi dalam arti modern. Piagam ini dibuat atas persetujuan bersama antara Nabi Muhammad SAW dengan wakil-wakil penduduk kota Madinah tak lama setelah beliau hijrah dari Mekkah ke Yastrib, nama kota Madinah sebelumnya, pada tahun 622 M. Para ahli menyebut Piagam Madinah tersebut dengan berbagai macam istilah yang berlainan satu sama lain.[202]

Selain itu, Menurut K.C. Wheare, bahwa dalam wacana politik, kata "konstitusi" biasanya digunakan untuk menggambarkan seluruh sistem ketatanegaraan suatu negara, kumpulan berbagai peraturan yang membentuk dan mengatur atau mengarahkan pemerintahan.[203]

201 Jimly, Ibid.

202 Banyak sarjana yang menggambarkan Piagam Madinah itu sebagai Konstitusi seperti dipahami dewasa ini. Beberapa diantaranya lihat Ahmad Sukardja, Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat Majemuk, (Jakarta: UI-Press, 1995); Dahlan Thaib dkk., Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi, cet. kelima, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005). Lihat juga Tahir Azhary, Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsio-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini, cet. kedua, (Jakarta: Kencana, 2004)

203 K.C. Wheare, Modern Constitutions, Oxford University Pres s, 1996. Diterjemahkan Oleh Muhammad Hardani, Konstitusi-Konstitusi Modern, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003, hal. 1.

Berikut ini beberapa ahli hukum yang mendukung antara yang membedakan dengan yang menyamakan pengertian konstitusi dengan Undang-Undang Dasar. Penganut paham yang membedakan pengertian konstitusi dengan Undang-Undang Dasar antara lain Herman Heller dan F. Lassalle. Hermen Heller membagi pengertian konstitusi menjadi tiga yaitu:[204]

1. *Die Politische verfassung als gesellschaftlich wirklichkeit*. Konstitusi adalah mencerminkan kehidupan politik di dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan. Jadi mengandung pengertian politis dan sosiologis.
2. *Die Verselbstandigte rechtsverfassung*. Konstitusi merupakan suatu kesatuan kaidah yang hidup dalam masyarakat. Jadi mengandung pengertian yuridis.
3. *Die geshereiben verfassung*. Konstitusi yang ditulis dalam suatu naskah sebagai undang-undang yang tertinggi yang berlaku dalam suatu negara.

Dari pendapat Hermen Heller tersebut dapatlah disimpulkan bahwa jika pengertian undang-undang itu harus dihubungkan dengan konstitusi, maka artinya Undang-Undang Dasar itu baru merupakan sebagian dari pengertian konstitusi, yaitu konstitusi yang tetulis saja. Di samping itu, konstitusi itu tidak hanya bersifat yuridis semata-mata, tetapi mengandung pengertian logis dan politis.

F. Lassalle dalam bukunya Uber Verfassungswesen, membagi konstitusi dalam dua pengertian, yaitu:[205]

1. Pengertian sosiologis atau politis (*sosiologische atau politische begrip*). Konstitusi adalah sintesis faktor-faktor kekuatan yang nyata (*dereele machtsfactoren*) dalam masyarakat. Jadi konstitusi menggambarkan hubungan antara kekuasaan-kekuasaan yang terdapat dengan nyata dalam suatu negara. Kekuasaan tersebut di antaranya: raja, parlemen, kabinet, *pressure groups*, partai politik, dan lain-lain; itulah yang sesungguhnya konstitusi.
2. Pengertian yuridis (*yuridische begrip*). Konstitusi adalah suatu naskah yang memuat semua bangunan negara dan sendi-sendi pemerntahan.

204 Moh. Kusnandi dan Harmaily, Op.cit., hal.65.

205 Abu Daud Busroh dan Abu Bakar Busroh, Asas-asas Hukum Tata Negara, Ghalia Indonesia, 1991, hal.73

Dari pengertian sosiologis dan politis, ternyata Lassalle menganut paham bahwa konstitusi sesungguhnya mengandung pengertian yang lebih luas dari sekedar Undang-Undang Dasar. Namun dalam pengertian yuridis, Lassalle terpengaruh pula oleh paham kodifikasi yang menyamakan konstitusi dengan Undang-Undang Dasar.

Kelihatannya para penyusun UUD 1945 menganut pemikiran sosiologis di atas, sebab dalam penjelasan UUD 1945 dikatakan: "Undang-Undang Dasar suatu negara ialah hanya sebagian dari hukumnya dasar negara itu. Undang-Undang Dasar ialah hukum dasar yang tertulis, di samping Undang-Undang Dasar itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam parktik penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis.

Adapun penganut paham modern yang tegas-tegas menyamakan pengertian konstitusi dengan Undang-Undang Dasar, adalah C.F. Strong dan James Bryce.

Pendapat James Bryce sebagaimana dikutip C.F. Strong dalam bukunya: *Modern Political Constitutions* menyatakan konstitusi adalah:

*A frame of political society, organised through and by law, that is to say on in which law has established permanent institutions with recognised functions and defenite rights (*Suatu kerangka masyarakat politik (negara) yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Dengan kata lain, hukum menetapkan adanya lembaga-lembaga permanen dengan fungsi yang telah diakui dan hak-hak yang telah ditetapkan).[206]

Dari definisi di atas, pengertian konstitusi dapat disederhanakan rumusannya sebagai kerangka negara yang diorganisir dengan dan melalui hukum, dalam hal mana hukum menetapkan:

1. Pengaturan mengenai pendirian lembaga-lembaga yang permanen
2. Fungsi dari alat-alat kelengkapan
3. Hak-hak tertentu yang telah ditetapkan

Kemudian C.F Strong[207] melengkapi pendapat tersebut dengan pendapatnya sendiri sebagai berikut:

Constitution is a collection of principles ac.....

206 C.F. Strong, Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form, The English Book Society and Sidwigck & Jackson Limited London 1966, diterjemahkan kedalam bahasa Indonesi oleh SPA Teamwork, Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi di Dunia, Bandung: Nusa Media, 2008, hal. 15.

207 Ibid. hal. 15.

Artinya, konstitusi juga dapat dikatakan sebagai suatu kumpulan asa-asas yang menyelenggarakan:

1. Kekuasaan pemerintahan (dalam arti luas)
2. Hak-hak dari yang diperintah
3. Hubungan antara pemerintahan dan yang diperintah (menyangkut di dalamnya masalah hak asasi manusia).

Sri Soemantri menilai bahwa pengertian tentang konstitusi yang diberikan oleh C.F. Strong lebih luas dari pendapat James Bryce. Walaupun dalam pengertian yang dikemukakan James Bryce itu merupakan konstitusi dalam kerangka masyarakat politik (negara) yang diatur oleh hukum. Akan tetapi dalam konstitusi itu hanya terdapat pengaturan mengenai alat-alat kelengkapan negara yang dilengkapi dengan fungsi dan hak-haknya. Dalam batasan Strong, apa yang dikemukakan James Bryce itu termasuk dalam kekuasaan pemerintahan semata, sedangkan menurut pendapat Strong, konstitusi tidak hanya mengatur tentang hak-hak yang diperintah atau hak-hak warga negara.

Dua pakar yang lain, Rosco J. Tresolini dan Martin Shapiro, dalam bukunya yang berjudul *American Constitutional Law* mengatakan bahwa konstitusi Amerika Serikat mengatur tiga masalah pokok, yaitu:[208]

1. *The framework or structure of goverment*;
2. *The power of the goerment*;
3. *It restrains the ezercise of these power by governmental officials in order that certain individual right can be poreserved*.

Apa yang dikemukakan oleh Rosco J. Tresolini dan Martin Shapiro ini mempunyai persamaan dengan pendapat Strong tentang batasan konstitusi.

K.C Wheare mengartikan konstitusi sebagai: "Keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa kumpulan peraturan-peraturan yang membentuk, mengatur ataumengarahkan pemerintahan."[209] Peraturan di sini merupakan gabungan antara ketentuan-ketentuan yang memiliki sifat hukum (*legal*) dan yang tidak memiliki sifat hukum (*nonlegal*).[210]

208 Periksa dalam Sri Soemantri M. Dan Bintang R. Saragih (editor), Op.cit., hal.30

209 K.C.Wheare, Op.cit., hal 1.

210 Peraturan-peraturan bersifat legal, dalam arti pengadilan hukum mengakui dan menerapkan peraturan-peraturan tersebut, dan yang dimaksud ekstra-legal atau non legal, yakni berupa kebiasaan, persetujuan, adat, atau konvensi, sesuatu yang tidak diakui oleh pengadilan sebagai hukum tetapi tidak kalah efektifnya dalam mengatur pemerintahan dibandingkan dengan apa yang secara baku disebut hukum. Ibid.

Konstitusi secara sederhana oleh Brian Thompson dapat diartikan sebagai suatu dokumen yang berisi aturan-aturan untuk menjalankan suatu organisasi.[211] Organisasi dimaksud beragam bentuk dan kompleksitas strukturnya. Dalam konsep konstitusi itu tercakup juga pengertian peraturan tertulis, kebiasaan dan konvensi-konvensi kenegaraan (ketatanegaraan) yang menentukan susunan dan kedudukan organ-organ negara, mengatur hubungan antar organ-organ negara itu, dan mengatur hubungan organ-organ negara tersebut dengan warga negara.[212]

Dasar keberadaan konstitusi adalah kesepakatan umum atau persetujuan *(consensus)* di antara mayoritas rakyat mengenai bangunan yang diidealkan berkenaan dengan negara. Organisasi negara itu diperlukan oleh warga masyarakat politik agar kepentingan mereka bersama dapat dilindungi atau dipromosikan melalui pembentukan dan penggunaan mekanisme yang disebut negara.[213] Kata kuncinya adalah konsensus atau *general agreement*.

Konstitusi mengatur dua hubungan yang saling berkaitan satu sama lain, yaitu pertama, hubungan pemerintahan yang satu dengan lembaga pemerintahan yang lain. Oleh karena itu, konstitusi dimaksudkan untuk mengatur tiga hal penting, yaitu: (1) menentukan pembatasan kekuasaan organ-organ negara, (2) mengatur hubungan antara lembaga negara yang satu dengan yang lain, dan (3) mengatur hubungan kekuasaan antara lembaga negara dengan warga negara.[214]

Menurut Jimly Ashiddiqie[215], dapat dikatakan bahwa konstitusi dapat pula difungsikan sebagai sarana *control* politik, *social* dan/atau *economi* di masa sekarang, dan sebagai sarana perekayasaan politik, sosial dan/atau ekonomi menuju masa depan. Dengan demikian, fungsi-fungsi konstitusi dapat dirinci sebagai berikut:

1. Fungsi penentu dan pembatas kekuasaan organ-organ negara.
2. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar organ-organ negara.

211 Brian Thompson, Textbook on Constitutional and Administrative Law, edisi ke-3, (London: Blackstone Press ltd., 1997), hal. 3.

212 Lihat Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 19 – 34.

213 Jimly Asshiddiqie, Konstitusi dan Hukum Tata Negara Adat, Makalah, Disampaikan sebagai bahan Keynote Speech pada Seminar Nasional tentang Konstitusi Kesultanan-Kesultanan Islam di Jawa Barat dan Banten. UIN Gunung Djati, Bandung, 5 April 2008, hal. 1.

214 Hamdan Zoelva, Pemakzulan Presiden di Indonesia, jakarta: Sinar Grafika, 2011. Hal. 22.

215 Ibid.

3. Fungsi pengatur hubungan kekuasaan antar-organ negara dengan warga negara.
4. Fungsi pemberi legitimasi terhadap kekuasaan negara.
5. Fungsi penyalur atau pengalih kewenangan dari sumber kekuasaan yang asli kepada organ negara.
6. Fungsi simbolik sebagai pemersatu (*symbol of unity*).
7. Fungsi simbolik sebagai rujukan identitas dan keagungan kebangsaan (*identity of nation*).
8. Fungsi simbolik sebagai pusat upacara (*center of ceremony).*
9. Fungsi sebagai sarana pengendalian masyarakat, baik dalam arti sempit hanya di bidang politik maupun dalam arti luas mencakup bidang sosial dan ekonomi.
10. Fungsi sebagai sarana perekayasaan dan pembaruan masyarakat, baik dalam arti sempit maupun dalam arti luas.
11. Dan, dalam sistem pemerintahan presidensial, konstitusi juga berfungsi sebagai kepala negara dalam arti simbolik.

Selain itu, dalam konstitusi modern menurut K.C. Wheare dimaksudkan untuk melindungi satu atau lebih dari empat tujuan berikut. *Pertama*, konstitusi diubah hanya dengan pertimbangan yang matang, dan bukan karena alasan sederhana atau secara serampangan; *kedua*, rakyat mesti diberi kesempatan mengungkapkan pandangan mereka sebelum dilakukan perubahan; *ketiga,* dalam sistem federal, kekuasaan unit-unit dan pemerintah pusat tidak bisa diubah oleh satu pihak; *keempat*, hak individu atau masyarakat- misalnya, hak minoritas dalam bahasa, agama, dan kebudayaan mesti dilindungi.[216]

Terlepas dari gagasan mengenai mengenai konsepsi tentang konstitusi oleh beberapa ahli di atas, menurut penulis sangat erat kaitannya dengan gagasan konstitusionalisme sebagai genre pembatasan kekuasan dalam konstitusi dan secara substansial lahirnya konsepsi tentang konstitusi adalah berawal dari gagasan konstitusionalisme yang bertujuan untuk membatasi kekuasaann negara.

216 K.C.Wheare, Op.cit., hal.128.

D. KONSEPSI LEMBAGA NEGARA

UUD 1945 adalah konstitusi negara Indonesia yang merupakan hasil kesepakatan seluruh rakyat Indonesia. Keberlakuan UUD 1945 berlandaskan pada legitimasi kedaulatan rakyat sehingga UUD 1945 merupakan hukum tertinggi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Oleh karena itu, hasil-hasil perubahan UUD 1945 berimplikasi terhadap seluruh lapangan kehidupan berbangsa dan bernegara. Apalagi perubahan tersebut meliputi hampir keseluruhan materi UUD 1945. Jika naskah asli UUD 1945 berisi 71 butir ketentuan, maka setelah empat kali mengalami perubahan materi muatan UUD 1945 mencakup 199 butir ketentuan.[217]

Dengan demikian, salah satu materi penting dan selalu ada dalam konstitusi adalah pengaturan tentang lembaga negara. Hal itu dapat dimengerti karena kekuasaan negara pada akhirnya diterjemahkan ke dalam tugas dan wewenang lembaga negara. Tercapai tidaknya tujuan bernegara berujung pada bagaimana lembaga-lembaga negara tersebut melaksanakan tugas dan wewenang konstitusionalnya serta hubungan antarlembaga negara. Pengaturan lembaga negara dan hubungan antarlembaga negara merefleksikan pilihan dasar-dasar kenegaraan yang dianut.

Pemerintah Inggris misalnya, menciptakan beraneka ragam lembaga baru yang sangat kuat kekuasaannya dalam urusan-urusan yang sangat spesifik. Misalnya, pada mulanya dibentuk *Regional Hospital Board* dan kemudian pada tahun 1974 menjadi *Area and Regional Health Authorities*. *New Town Development Corporation* juga dibentuk untuk maksud menyukseskan program yang diharapkan akan menghubungkan kota-kota satelit di sekitar kota-kota metoropolitan seperti London dan lain-lain. Demikian pula untuk program pembangunan perdesaan, dibentuk pula badan-badan otoritas yang khusus menangani *Rural Development Agencies* di daerah-daerah Mid-Wales dan *the Scottish Highlands*.[218]

217 Jimly Asshiddiqie, Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945, Makalah Disampaikan dalam Simposium yang dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, 2003, hal. 1.

218 Jimly Asshiddiqie, Hubungan Antar Lembaga Negara Pasca perubahan uud 1945, Bahan ceramah pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpim) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara. Jakarta, 30 Oktober 2008, disampaikan lagi dalam Fokus Group Discussion di LEMHANNAS, 15 November 2010.

Perkembangan yang terjadi di negara-negara lain kurang lebih juga sama dengan apa yang terjadi di Inggris. Sebabnya ialah karena berbagai kesulitan ekonomi dan ketidakstabilan akibat terjadinya berbagai perubahan sosial dan ekonomi memaksa banyak negara melakukan eksperimentasi kelembagaan (*institutional experimentation*) melalui berbagai bentuk organ pemerintahan yang dinilai lebih efektif dan efisien, baik di tingkat nasional atau pusat maupun di tingkat daerah atau lokal. Perubahan-perubahan itu, terutama terjadi pada *non-elected agencies* yang dapat dilakukan secara lebih fleksibel dibandingkan dengan *elected agencies* seperti parlemen. Tujuannya tidak lain adalah untuk menerapkan prinsip efisiensi agar pelayanan umum (*public services*) dapat benar-benar efektif. Untuk itu, birokrasi dituntut berubah menjadi *slimming down bureaucracies* yang pada intinya diliberalisasikan sedemikian rupa untuk memenuhi tuntutan perkembangan di era liberalisme baru.[219]

Di berbagai negara juga terbentuk berbagai organisasi atau lembaga yang disebut dengan rupa-rupa istilah seperti dewan, komisi, badan, otorita, lembaga, *agencies*, dan sebagainya. Namun, dalam pengalaman di banyak negara, tujuan yang mulia untuk efisiensi dan efektifitas pelayanan umum (*public services*) tidak selalu belangsung mulus sesuai dengan yang diharapkan. Di negara-negara demokrasi yang telah mapan, seperti di Amerika Serikat dan Perancis, pada tiga dasawarsa terakhir abad ke-20, juga banyak bertumbuhan lembaga-lembaga negara baru. Lembaga-lembaga baru tersebut biasa disebut sebagai *state auxiliary organs*, atau *auxiliary institutions* sebagai lembaga negara yang bersifat penunjang. Di antara lembaga-lembaga itu kadang-kadang ada juga yang disebut sebagai *self regulatory agencies*, *independent supervisory bodies*, atau lembaga-lembaga yang menjalankan fungsi campuran (*mix-function)* antara fungsi-fungsi regulatif, administratif, dan fungsi penghukuman yang biasanya dipisahkan tetapi justru dilakukan secara bersamaan oleh lembaga-lembaga baru tersebut.[220]

Lembaga-lembaga negara yang bersifat *ad hoc* itu di Inggris, menurut Sir Ivor Jennings,[221] biasanya dibentuk karena salah satu dari lima alasan utama (*five main reaons*), yaitu:

hal. 7

219 Ibid.

220 Ibid., hal. 8

221 Ibid.

1. *The need to provide cultural or personal services supposedly free from the risk of political interference*. Berkembangnya kebutuhan untuk menyediakan pelayanan budaya atau pelayanan yang bersifat personal yang diidealkan bebas dari risiko campur tangan politik, seperti misalnya the BBC (*British Broadcasting Corporation*);
2. *The desirability of non-political regulation of markets*. Adanya keinginan untuk mengatur dinamika pasar yang sama sekali bersifat nonpolitik, seperti misalnya *Milk Marketing Boards*;
3. *The regulation of independent professions such as medicine and the law*. Keperluan mengatur profesi-profesi yang bersifat independen seperti di bidang hukum kedokteran;
4. *The provisions of technical services*. Kebutuhan untuk mengadakan aturan mengenai pelayanan-pelayanan yang bersifat teknis (*technical services*) seperti antara lain dengan dibentuknya komisi, *the Forestry Commission*;
5. *The creation of informal judicial machinery for settling disputes*. Terbentuknya berbagai institusi yang berfungsi sebagai alat perlengkapan yang bersifat semi-judisial untuk menyelesaikan berbagai sengketa di luar peradilan sebagai '*alternative dispute resolution*' (ADR).

Kelima alasan tersebut ditambah oleh John Alder dengan alasan keenam, yaitu adanya ide bahwa *public ownership of key sectors of the economy is desirable in itself.*[222] Pemilikan oleh publik di bidang-bidang ekonomi atau sektor-sektor tertentu dianggap lebih tepat diorganisasikan dalam wadah organisasi tersendiri, seperti yang banyak dikembangkan akhir-akhir ini, misalnya dengan ide Badan Hukum Milik Negara (BHMN).

1. Pengertian Lembaga Negara

Untuk memahami pengertian lembaga atau organ negara secara lebih dalam, kita dapat mendekatinya dari pandangan Hans Kelsen mengenai *the concept of the State-Organ* dalam bukunya *General Theory of Law and State*. Hans Kelsen menguraikan bahwa "*Whoever fulfills a function determined by the legal order is an organ*".[223] Siapa saja yang menjalankan

222 Ibid., hal. 9

223 Hans Kelsen, General Theory of Law and State, (New York: Russell & Russell, 1961), hal.192.

suatu fungsi yang ditentukan oleh suatu tata hukum (*legal order*) adalah suatu organ.

Artinya, organ negara itu tidak selalu berbentuk organik. Di samping organ yang berbentuk organik, lebih luas lagi, setiap jabatan yang ditentukan oleh hukum dapat pula disebut organ, asalkan fungsi-fungsinya itu bersifat menciptakan norma (*normcreating*) dan/atau bersifat menjalankan norma (*norm applying*). "*These functions, be they of a norm-creating or of a norm-applying character, are all ultimately aimed at the execution of a legal sanction*".[224]

Menurut Kelsen, parlemen yang menetapkan undang-undang dan warga negara yang memilih para wakilnya melalui pemilihan umum sama-sama merupakan organ negara dalam arti luas. Demikian pula hakim yang mengadili dan menghukum penjahat dan terpidana yang menjalankan hukuman tersebut di lembaga pemasyarakatan, adalah juga merupakan organ negara. Pendek kata, dalam pengertian yang luas ini, organ negara itu identik dengan individu yang menjalankan fungsi atau jabatan tertentu dalam konteks kegiatan bernegara. Inilah yang disebut sebagai jabatan publik atau jabatan umum (*public offices*) dan pejabat publik atau pejabat umum (*public officials*).[225]

Di samping pengertian luas itu, Hans Kelsen juga menguraikan adanya pengertian organ negara dalam arti yang sempit, yaitu pengertian organ dalam arti materiil. Individu dikatakan organ negara hanya apabila ia secara pribadi memiliki kedudukan hukum yang tertentu *(... he personally has a specific legal position*). Suatu transaksi hukum perdata, misalnya, kontrak, adalah merupakan tindakan atau perbuatan yang menciptakan hukum seperti halnya suatu putusan pengadilan.

Lembaga negara terkadang disebut dengan istilah lembaga pemerintahan, lembaga pemerintahan nondepartemen, atau lembaga negara saja. Ada yang dibentuk berdasarkan atau karena diberi kekuasaan oleh UUD, ada pula yang dibentuk dan mendapatkan kekuasaannya dari undang-undang, dan bahkan ada pula yang hanya dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden. Hierarki atau ranking kedudukannya tentu saja

224 Ibid.

225 Pejabat yang biasa dikenal sebagai pejabat umum misalnya adalah notaris dan pejabat pembuat akta tanah (PPAT). Seringkali orang beranggapan seakan-akan hanya notaris dan PPAT yang merupakan pejabat umum. Padahal, semua pejabat publik adalah pejabat umum. Karena yang dimaksud dalam kata jabatan umum itu tidak lain adalah 'jabatan publik' (public office), bukan dalam arti general office.

tergantung pada derajat pengaturannya menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Lembaga negara yang diatur dan dibentuk oleh UUD merupakan organ konstitusi, sedangkan yang dibentuk berdasarkan UU merupakan organ Undang-Undang, sementara yang hanya dibentuk karena keputusan presiden tentunya lebih rendah lagi tingkatan dan derajat perlakuan hukum terhadap pejabat yang duduk di dalamnya. Demikian pula jika lembaga dimaksud dibentuk dan diberi kekuasaan berdasarkan Peraturan Daerah, tentu lebih rendah lagi tingkatannya.

Dalam setiap pembicaraan mengenai organisasi negara, ada dua unsur pokok yang saling berkaitan, yaitu *organ* dan *functie. Organ* adalah bentuk atau wadahnya, sedangkan *functie* adalah isinya; organ adalah status bentuknya (Inggris: *form,* Jerman: *vorm),* sedangkan *functie* adalah gerakan wadah itu sesuai maksud pembentukannya. Dalam naskah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, organ-organ yang dimaksud, ada yang disebut secara eksplisit namanya, dan ada pula yang disebutkan eksplisit hanya fungsinya. Ada pula lembaga atau organ yang disebut bahwa baik namanya maupun fungsi atau kewenangannya akan diatur dengan peraturan yang lebih rendah.

2. Lembaga-Lembaga Negara Menurut UUD 1945[226]

Jika dikaitkan dengan hal tersebut di atas, maka dapat dikemukakan bahwa dalam UUD 1945, terdapat tidak kurang dari 34 organ yang disebut keberadaannya dalam UUD 1945. Ke-34 organ atau lembaga tersebut adalah:

1) Majelis permusyawaratan Rakyat (MPR) diatur dalam Bab III UUD 1945 yang juga diberi judul "Majelis Permusyawaratan Rakyat". Bab III ini berisi dua pasal, yaitu Pasal 2 yang terdiri atas tiga ayat, Pasal 3 yang juga terdiri atas tiga ayat;
2) Presiden yang diatur keberadaannya dalam Bab III UUD 1945, dimulai dari Pasal 4 ayat (1) dalam pengaturan mengenai Kekuasaan Pemerintahan Negara yang berisi 17 pasal;
3) Wakil Presiden yang keberadaannya juga diatur dalam Pasal 4 yaitu pada ayat (2) UUD 1945. Pasal 4 ayat (2) UUD 1945 itu menegaskan, *"Dalam melakukan kewajibannya, Presiden dibantu oleh satu orang Wakil Presiden";*

226 Jimly, Ashiddiqie, Op.cit. hal. 11.

4) Menteri dan Kementerian Negara yang diatur tersendiri dalam Bab V UUD 1945, yaitu pada Pasal17 ayat (1), (2), dan (3);
5) Menteri Luar Negeri sebagai menteri *triumpirat* yang dimaksud oleh Pasal 8 ayat (3) UUD 1945, yaitu bersama-sama dengan Menteri Dalam Negeri dan Menteri Pertahanan sebagai pelaksana tugas kepresidenan apabila terdapat kekosongan dalam waktu yang bersamaan dalam jabatan Presiden dan Wakil Presiden;
6) Menteri Dalam Negeri sebagai *triumpirat* bersama-sama dengan Menteri Luar Negeri dan Menteri Pertahanan menurut Pasal 8 ayat (3) UUD 1945;
7) Menteri Pertahanan yang bersama-sama dengan Menteri Luar Negeri dan Menteri Dalam Negeri ditentukan sebagai menteri *triumpirat* menurut Pasal 8 ayat (3) UUD 1945. Ketiganya perlu disebut secara sendiri-sendiri, karena dapat saja terjadi konflik atau sengketa kewenangan konstitusional di antara sesama mereka, atau antara mereka dengan menteri lain atau lembaga negara lainnya;
8) Dewan Pertimbangan Presiden yang diatur dalam Pasal 16 Bab III tentang Kekuasaan Pemerintahan Negara yang berbunyi, *"Presiden membentuk suatu dewan pertimbangan yang bertugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada Presiden, yang selanjutnya diatur dalam undang-undang";*[227]
9) Duta seperti diatur dalam Pasal13 ayat (1) dan (2);
10) Konsul seperti yang diatur dalam Pasal13 ayat (1);
11) Pemerintahan Daerah Provinsi[228] sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6) dan ayat (7) UUD 1945;
12) Gubernur Kepala Pemerintah Daerah seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
13) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat 3 UUD 1945;
14) Pemerintahan Daerah Kabupaten sebagaimana dimaksud oleh

227 Sebelum Perubahan Keempat tahun 2002, ketentuan Pasal 16 ini berisi 2 ayat, dan ditempatkan dalam Bab IV dengan judul "Dewan Pertimbangan Agung", Artinya, Dewan Pertimbangan Agung bukan bagian dari "Kekuasaan Pemerintahan Negara", melainkan sebagai lembaga tinggi negara yang berdiri sendiri.

228 Di setiap tingkatan pemerintahan previnsi, kabupaten, dan keta, dapat dibedakan adanya tiga subjek hukum, yaitu (i) Pemerintahan Daerah; (ii) Kepala Pemerintah Daerah; dan (iii) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. Jika disebut "Pemerintahan" maka yang dilihat adalah subjek pemerintahan daerah sebagai satu kesatuan. Kepala eksekutif disebut sebagai Kepala Pemerintah Daerah, bukan "kepala pemerintahan daerah". Sedangkan badan legislatif daerah dinamakan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6) dan ayat (7) UUD 1945;

15) Bupati Kepala Pemerintah Daerah Kabupaten seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
16) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (3) UUD 1945;
17) Pemerintahan Daerah Kota sebagaimana dimaksud oleh Pasal 18 ayat (2), (3), (5), (6) dan ayat (7) UUD 1945;
18) Walikota Kepala Pemerintah Daerah Kota seperti yang diatur dalam Pasal 18 ayat (4) UUD 1945;
19) Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kota seperti yang diatur oleh Pasal 18 ayat (3) UUD 1945;
20) Satuan Pemerintahan Daerah yang bersifat khusus atau istimewa seperti dimaksud oleh Pasal 18B ayat (1) UUD 1945, diatur dengan undang-undang. Karena kedudukannya yang khusus dan diistimewakan, satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa ini diatur tersendiri oleh UUD 1945. Misalnya, status Pemerintahan Daerah Istimewa Yogyakarta, Pemerintahan Daerah Otonomi Khusus Nanggroe Aceh Darussalam dan Papua, serta Pemerintahan Daerah Khusus Ibukota Jakarta. Ketentuan mengenai kekhususan atau keistimewaannya itu diatur dengan undang-undang. Oleh karena itu, pemerintahan daerah yang demikian ini perlu disebut secara tersendiri sebagai lembaga atau organ yang keberadaannya diakui dan dihormati oleh negara.
21) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang diatur dalam Bab VII UUD 1945 yang berisi Pasal 19 sampai dengan Pasal 22B;
22) Dewan Perwakilan Daerah (DPD) yang diatur dalam Bab VIIA yang terdiri atas Pasal 22C dan Pasal 220;
23) Komisi Penyelenggaran Pemilu yang diatur dalam Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 yang menentukan bahwa pemilihan umum harus diselenggarakan oleh suatu komisi yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Nama "Komisi Pemilihan Umum" bukanlah nama yang ditentukan oleh UUD 1945, melainkan oleh Undang-Undang;
24) Bank sentral yang disebut eksplisit oleh Pasal 230, yaitu *"Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggungjawab, dan independensinya diatur dengan undang-undang"*. Seperti halnya dengan Komisi Pemilihan

Umum, UUD 1945 belum menentukan nama bank sentral yang dimaksud. Memang benar, nama bank sentral sekarang adalah Bank Indonesia. Tetapi, nama Bank Indonesia bukan nama yang ditentukan oleh UUD 1945, melainkan oleh undang-undang berdasarkan kenyataan yang diwarisi dari sejarah di masa lalu.

25) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) yang diatur tersendiri dalam Bab VIIIA dengan judul "Badan Pemeriksa Keuangan", dan terdiri atas 3 pasal, yaitu Pasal 23E (3 ayat), Pasal 23F (2 ayat), dan Pasal 23G (2 ayat);
26) Mahkamah Agung (MA) yang keberadaannya diatur dalam Bab IX, Pasal 24 dan Pasal 24A UUD 1945;
27) Mahkamah Konstitusi (MK) yang juga diatur keberadaannya dalam Bab IX, Pasal 24 dan Pasal 24C UUD 1945;
28) Komisi Yudisial yang juga diatur dalam Bab IX, Pasal 24B UUD 1945 sebagai *auxiliary organ* terhadap Mahkamah Agung yang diatur dalam Pasal 24 dan Pasal 24A UUD 1945;
29) Tentara Nasional Indonesia (TNI) diatur tersendiri dalam UUD 1945, yaitu dalam Bab XII tentang Pertahanan dan Keamanan Negara, pada Pasal 30 UUD 1945;
30) Angkatan Darat (TNI AD) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
31) Angkatan Laut (TNI AL) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
32) Angkatan Udara (TNI AU) diatur dalam Pasal 10 UUD 1945;
33) Kepolisian Negara Republik Indonesia (POLRI) yang juga diatur dalam Bab XII Pasal 30 UUD 1945;
34) Badan-badan lain yang fungsinya terkait dengan kehakiman seperti kejaksaan diatur dalam undang-undang sebagaimana dimaksud oleh Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 yang berbunyi, *"Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang"*.[229]

Jika diuraikan lebih rinci lagi, apa yang ditentukan dalam Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 tersebut dapat pula membuka pintu bagi lembaga-

229 Dalam rancangan perubahan UUD, semula tercantum pengaturan mengenai Kejaksaan Agung. Akan tetapi, karena tidak mendapatkan kesepakatan, maka sebagai gantinya disepakatilah rumusan Pasal 24 ayat (3) tersebut. Karena itu, perkataan "badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman" dalam ketentuan tersebut dapat ditafsirkan salah satunya adalah Kejaksaan Agung. Di samping itu, sesuai dengan amanat UU, Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi atau KPK juga dapat disebut sebagai contoh lain mengenai badan-badan yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman.

lembaga negara lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman yang tidak secara eksplisit disebut dalam UUD 1945. Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 menentukan, *"Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang"*. Artinya, selain Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, serta Komisi Yudisial dan kepolisian negara yang sudah diatur dalam UUD 1945, masih ada badan-badan lainnya yang jumlahnya lebih dari satu yang mempunyai fungsi yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman. Badan-badan lain yang dimaksud itu antara lain adalah Kejaksaan Agung yang semula dalam rancangan Perubahan UUD 1945 tercantum sebagai salah satu lembaga yang diusulkan diatur dalam Bab tentang Kekuasaan Kehakiman, tetapi tidak mendapat kesepakatan, sehingga pengaturannya dalam UUD 1945 ditiadaan.

Namun, karena yang disebut dalam Pasal 24 ayat (3) tersebut di atas adalah badan-badan, berarti jumlahnya lebih dari satu. Artinya, selain Kejaksaan Agung, masih ada lagi lembaga lain yang fungsinya juga berkaitan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu yang menjalankan fungsi penyelidikan, penyidikan, dan/atau penuntutan. Lembaga-lembaga dimaksud misalnya adalah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnasham), Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK), dan sebagainya. Lembaga-lembaga ini, seperti halnya Kejaksaan Agung, meskipun tidak secara eksplisit disebut dalam UUD 1945, tetapi sama-sama memiliki *constitutional importance* dalam sistem konstitusional berdasarkan UUD 1945.

Misalnya, mengenai keberadaan Komnas Hak Asasi Manusia. Materi perlindungan konstitusional hak asasi manusia merupakan materi utama setiap konstitusi tertulis di dunia. Untuk melindungi dan mempromosikan hak-hak asasi manusia itu, dengan sengaja negara membentuk satu komisi yang bernama Komnasham (Komisi Nasional Hak Asasi Manusia). Artinya, keberadaan lembaga negara bernama Komnas Hak Asasi Manusia itu sendiri sangat penting bagi negara demokrasi konstitusional. Karena itu, meskipun pengaturan dan pembentukannya hanya didasarkan atas undang-undang, tidak ditentukan sendiri dalam UUD, tetapi keberadaannya sebagai lembaga negara mempunyai apa yang disebut sebagai *constitutional importance* yang sama dengan lembaga-lembaga negara lainnya yang disebutkan eksplisit dalam UUD 1945.

Sama halnya dengan keberadaan Kejaksaan Agung dan kepolisian negara dalam setiap sistem negara demokrasi konstitusional atau pun negara hukum yang demokratis. Keduanya mempunyai derajat kepentingan *(importance)* yang sama. Namun, dalam UUD 1945, yang ditentukan kewenangannya hanya kepolisian negara yaitu dalam Pasal 30, sedangkan Kejaksaan Agung sama sekali tidak disebut. Hal tidak disebutnya Kejaksaan Agung yang dibandingkan dengan disebutnya Kepolisian dalam UUD 1945, tidak dapat dijadikan alasan untuk menilai bahwa kepolisian negara itu lebih penting daripada Kejaksaan Agung. Kedua-duanya sama-sama penting atau memiliki *constitutional importance* yang sama. Setiap yang mengaku menganut prinsip demokrasi konstitusional atau negara hukum yang demokratis, haruslah memiliki perangkat kelembagaan kepolisian negara dan kejaksaan sebagai lembaga-lembaga penegak hukum yang efektif.

3. Pembedaan Dari Segi Fungsi dan Hierarki[230]

Dari segi fungsinya, ke-34 lembaga tersebut, ada yang bersifat utama atau primer, dan ada pula yang bersifat sekunder atau penunjang *(auxiliary)*. Sedangkan dari segi hierarkinya, ke-30 lembaga itu dapat dibedakan ke dalam tiga lapis. Organ lapis pertama dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara. Organ lapis kedua disebut sebagai lembaga negara saja, sedangkan organ lapis ketiga merupakan lembaga daerah. Memang benar sekarang tidak ada lagi sebutan lembaga tinggi dan lembaga tertinggi negara. Namun, untuk memudahkan pengertian, organ-organ konstitusi pada lapis pertama dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara, yaitu:

1) Presiden dan Wakil Presiden;
2) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR);
3) Dewan Perwakilan Daerah (DPD);
4) Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR);
5) Mahkamah Konstitusi (MK);
6) Mahkamah Agung (MA);
7) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).

Organ lapis kedua dapat disebut lembaga negara saja. Ada yang mendapatkan kewenangannya dari UUD, dan ada pula yang mendapatkan kewenangannya dari undang-undang. Yang mendapatkan kewenangan dari UUD, misalnya, adalah Komisi Yudisial, Tentara

230 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal 16.

Nasional Indonesia, dan Kepolisian Negara; sedangkan lembaga yang sumber kewenangannya adalah undang-undang, misalnya, adalah Komnas HAM, Komisi Penyiaran Indonesia, dan sebagainya. Kedudukan kedua jenis lembaga negara tersebut dapat disebandingkan satu sama lain. Hanya saja, kedudukannya meskipun tidak lebih tinggi, tetapi jauh lebih kuat. Keberadaannya disebutkan secara eksplisit dalam undang-undang, sehingga tidak dapat ditiadakan atau dibubarkan hanya karena kebijakan pembentukan undang-undang. Lembaga-lembaga negara sebagai organ konstitusi lapis kedua itu adalah:

1) Menteri Negara;
2) Tentara Nasional lndonesia;
3) Kepolisian Negara;
4) Komisi Yudisial;
5) Komisi pemilihan umum;
6) Bank sentral.

Dari keenam lembaga atau organ negara tersebut di atas, yang secara tegas ditentukan nama dan kewenangannya dalam UUD 1945 adalah Menteri Negara, Tentara Nasional lndonesia, Kepolisian Negara, dan Komisi Yudisial. Komisi Pemilihan Umum hanya disebutkan kewenangan pokoknya, yaitu sebagai lembaga penyelenggara pemilihan umum (pemilu). Akan tetapi, nama lembaganya apa, tidak secara tegas disebut, karena perkataan komisi pemilihan umum tidak disebut dengan huruf besar.

Ketentuan Pasal 22E ayat (5) UUD 1945 berbunyi, *"Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri"*. Sedangkan ayat (6)-nya berbunyi, *"Ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang"*. Karena itu, dapat ditafsirkan bahwa nama resmi organ penyelenggara pemilihan umum dimaksud akan ditentukan oleh undang-undang. Undang-undang dapat saja memberi nama kepada lembaga ini bukan Komisi Pemilihan Umum, tetapi misalnya Komisi Pemilihan Nasional atau nama lainnya.

Selain itu, nama dan kewenangan bank sentral juga tidak tercantum eksplisit dalam UUD 1945. Ketentuan Pasal 23D UUD 1945 hanya menyatakan, *"Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab, dan independensinya diatur dengan undang-undang"*. Bahwa bank sentral itu diberi nama seperti

yang sudah dikenal seperti selama ini, yaitu "Bank Indonesia", maka hal itu adalah urusan pembentuk undang-undang yang akan menentukannya dalam undang-undang. Demikian pula dengan kewenangan bank sentral itu, menurut Pasal 23D tersebut, akan diatur dengan Undang-Undang.

Dengan demikian derajat protokoler kelompok organ konstitusi pada lapis kedua tersebut di atas jelas berbeda dari kelompok organ konstitusi lapis pertama. Organ lapis kedua ini dapat disejajarkan dengan posisi lembaga-lembaga negara yang dibentuk berdasarkan undang-undang, seperti Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM),[231] Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK),[232] Komisi Penyiaran Indonesia (KPI),[233] Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU),[234] Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR),[235] Konsil Kedokteran Indonesia, dan lain-lain sebagainya.

Kelompok ketiga adalah organ konstitusi yang termasuk kategori lembaga negara yang sumber kewenangannya berasal dari regulator atau pembentuk peraturan di bawah undang-undang. Misalnya Komisi Hukum Nasional dan Komisi Ombudsman Nasional dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden belaka. Artinya, keberadaannya secara hukum hanya didasarkan atas kebijakan presiden *(presidential policy)* atau *beleid* presiden. Jika presiden hendak membubarkannya lagi, maka tentu presiden berwenang untuk itu. Artinya, keberadaannya sepenuhnya tergantung kepada *beleid* presiden.

Di samping itu, ada pula lembaga-lembaga daerah yang diatur dalam Bab VI UUD 1945 tentang Pemerintah Daerah. Dalam ketentuan tersebut diatur adanya beberapa organ jabatan yang dapat disebut sebagai organ daerah atau lembaga daerah yang merupakan lembaga negara yang terdapat di daerah. Lembaga-lembaga daerah itu adalah:

231 Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3889).

232 Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4250).

233 Undang-Undang No. 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 139, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4252).

234 Undang-Undang NO.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 33,Tambahan Lembaran Negara Nomor 3817), Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingah Usaha.

235 Undang-Undang No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4429).

1) Pemerintahan Daerah Provinsi;
2) Gubemur;
3) DPRD provinsi;
4) Pemerintahan Daerah Kabupaten;
5) Bupati;
6) DPRD Kabupaten;
7) Pemerintahan Daerah Kota;
8) Walikota;
9) DPRD Kota

Di samping itu, dalam Pasal 18B ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, disebut pula adanya satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa. Bentuk satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa itu, dinyatakan diakui dan dihormati keberadaannya secara tegas oleh undang-undang dasar, sehingga eksistensinya sangat kuat secara konstitusional.

Oleh sebab itu, tidak dapat tidak, keberadaan unit atau satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau istimewa itu harus pula dipahami sebagai bagian dari pengertian lembaga daerah dalam arti yang lebih luas. Dengan demikian, lembaga daerah dalam pengertian di atas dapat dikatakan berjumlah sepuluh organ atau lembaga.

Di antara lembaga-lembaga negara yang disebutkan dalam UUD 1945, ada yang dapat dikategorikan sebagai organ utama atau primer *(primary constitutional organs),* dan ada pula yang merupakan organ pendukung atau penunjang *(auxiliary state organs).* Untuk memahami perbedaan di antara keduanya, lembaga-lembaga negara tersebut dapat dibedakan dalam tiga ranah *(domain)* (i) kekuasaan eksekutif atau pelaksana; (ii) kekuasaan legislatif dan fungsi pengawasan; (iii) kekuasaan kehakiman atau fungsi yudisial.

Dalam cabang kekuasaan eksekutif atau pemerintahan negara ada presiden dan wakil presiden yang merupakan satu kesatuan institusi kepresidenan. Dalam bidang kekuasaan kehakiman, meskipun lembaga pelaksana atau pelaku kekuasaan kehakiman itu ada dua, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi, tetapi di samping keduanya ada pula Komisi Yudisial sebagai lembaga pengawas martabat, kehormatan, dan perilaku hakim. Keberadaan fungsi Komisi Yudisial ini bersifat penunjang *(auxiliary)* terhadap cabang kekuasaan kehakiman. Komisi Yudisial

bukanlah lembaga penegak hukum *(the enforcer* of *the rule* of *law),* tetapi merupakan lembaga penegak etika kehakiman *(the enforcer* of *the rule* of *judicial ethics).*

Sedangkan dalam fungsi pengawasan dan kekuasaan legislatif, terdapat empat organ atau lembaga, yaitu (i) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), (ii) Dewan Perwakilan Daerah (DPD), (iii) Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), dan (iv) Badan Pemeriksa Keuangan (BPK).

Sementara itu, di cabang kekuasaan yudisial, dikenal adanya tiga lembaga, yaitu Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Agung, dan Komisi Yudisial. Yang menjalankan fungsi kehakiman hanya dua, yaitu Mahkamah Konstitusi, dan Mahkamah Agung. Tetapi, dalam rangka pengawasan terhadap kinerja hakim dan sebagai lembaga pengusul pengangkatan hakim agung, dibentuk lembaga tersendiri yang bemama Komisi Yudisial. Komisi ini bersifat independen dan berada di luar kekuasaan Mahkamah Konstitusi atau pun Mahkamah Agung, dan karena itu kedudukannya bersifat independen dan tidak tunduk kepada pengaruh keduanya. Akan tetapi, fungsinya tetap bersifat penunjang *(auxiliary)* terhadap fungsi kehakiman yang terdapat pada Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung. Meskipun Komisi Yudisial ditentukan kekuasaannya dalam UUD 1945, tidak berarti ia mempunyai kedudukan yang sederajat dengan Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

Sebagai perbandingan, Kejaksaan Agung tidak ditentukan kewenangannya dalam UUD 1945, sedangkan Kepolisian Negara ditentukan dalam Pasal 30 UUD 1945. Akan tetapi, pencantuman ketentuan tentang kewenangan Kepolisian itu dalam UUD 1945 tidak dapat dijadikan alasan untuk menyatakan bahwa Kepolisian lebih tinggi kedudukannya daripada Kejaksaan Agung. Dalam setiap negara hukum yang demokratis, lembaga kepolisian dan kejaksaan sama-sama memiliki *constitutional importance* yang serupa sebagai lembaga penegak hukum. Di pihak lain, pencantuman ketentuan mengenai kepolisian negara itu dalam UUD 1945, juga tidak dapat ditafsirkan seakan menjadikan lembaga kepolisian negara itu menjadi lembaga konstitusional yang sederajat kedudukannya dengan lembaga-lembaga tinggi negara lainnya, seperti presiden, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, DPR, DPD, dan lain sebagainya. Artinya, hal disebut atau tidaknya atau ditentukan

tidaknya kekuasaan sesuatu lembaga dalam undang-undang dasar tidak serta merta menentukan hierarki kedudukan lembaga negara yang bersangkutan dalam struktur ketatanegaraan Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945.

Dengan demikian, dari segi keutamaan kedudukan dan fungsinya, lembaga (tinggi) negara yang dapat dikatakan bersifat pokok atau utama adalah (i) Presiden; (ii) DPR (Dewan Perwakilan Rakyat); (iii) DPD (Dewan Perwakilan Daerah); (iv) MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat); (v) MK (Mahkamah Konstitusi); (vi) MA (Mahkamah Agung); dan (vii) BPK (Badan Pemeriksa Keuangan). Lembaga tersebut di atas dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara. Sedangkan lembaga-lembaga negara yang lainnya bersifat menunjang atau *auxiliary* belaka. Oleh karena itu, seyogianya tata urutan protokoler ketujuh lembaga negara tersebut dapat disusun berdasarkan sifat-sifat keutamaan fungsi dan kedudukannya masing-masing sebagaimana diuraikan tersebut.

Oleh sebab itu, seperti hubungan antara KY dengan MA, maka faktor fungsi keutamaan atau fungsi penunjang menjadi penentu yang pokok. Meskipun posisinya bersifat independen terhadap MA, tetapi KY tetap tidak dipandang sederajat sebagai lembaga tinggi negara. Kedudukan protokolernya tetap berbeda dengan MA. Demikian juga Komisi Pengawas Kejaksaan dan Komisi Kepolisian tetap tidak dapat disederajatkan secara struktural dengan organisasi POLRI dan Kejaksaan Agung, meskipun komisi-komisi pengawas itu bersifat independen dan atas dasar itu kedudukannya secara fungsional dipandang sederajat. Yang dapat disebut sebagai lembaga tinggi negara yang utama tetaplah lembaga-lembaga tinggi negara yang mencerminkan cabang-cabang kekuasaan utama negara, yaitu *legislature, executive,* dan *judiciary.*

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa lembaga-lembaga negara seperti Komisi Yudisial (KY), TNI, POLRI, Menteri Negara, Dewan Pertimbangan Presiden, dan lain-lain, meskipun sama-sama ditentukan kewenangannya dalam UUD 1945 seperti Presiden/Wapres, DPR, MPR, MK, dan MA, tetapi dari segi fungsinya lembaga-lembaga tersebut bersifat *auxiliary* atau memang berada dalam satu ranah cabang kekuasaan. Misalnya, untuk menentukan apakah KY sederajat dengan MA dan MK, maka kriteria yang dipakai tidak hanya bahwa kewenangan KY itu seperti halnya kewenangan MA dan MK ditentukan dalam UUD

1945. Karena, kewenangan TNI dan POLRI juga ditentukan dalam Pasal 30 UUD 1945. Namun, tidak dengan begitu, kedudukan struktural TNI dan POLRI dapat disejajarkan dengan tujuh lembaga negara yang sudah diuraikan di atas. TNI dan POLRI tetap tidak dapat disejajarkan strukturnya dengan presiden dan wakil presiden, meskipun kewenangan TNI dan POLRI ditentukan tegas dalam UUD 1945.

Demikian pula, Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan (PPATK), Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK), dan sebagainya, meskipun kewenangannya dan ketentuan mengenai kelembagaannya tidak diatur dalam UUD 1945, tetapi kedudukannya tidak dapat dikatakan berada di bawah POLRI dan TNI hanya karena kewenangan kedua lembaga terakhir ini diatur dalam UUD 1945. Kejaksaan Agung dan Bank Indonesia sebagai bank sentral juga tidak ditentukan kewenangannya dalam UUD, melainkan hanya ditentukan oleh undang-undang. Tetapi kedudukan Kejaksaan Agung dan Bank Indonesia tidak dapat dikatakan lebih rendah daripada TNI dan POLRI. Oleh sebab itu, sumber normatif kewenangan lembaga-lembaga tersebut tidak otomatis menentukan status hukumnya dalam hierarki susunan antara lembaga negara.

4. Prinsip-Prinsip Hubungan antar Lembaga Negara[236]

Perubahan UUD 1945 yang bersifat mendasar tentu mengakibatkan pada perubahan kelembagaan negara. Hal ini tidak saja karena adanya perubahan terhadap butir-butir ketentuan yang mengatur tentang kelembagaan negara, tetapi juga karena perubahan paradigma hukum dan ketatanegaraan. Beberapa prinsip-prinsip mendasar yang menentukan hubungan antarlembaga negara diantaranya adalah Supremasi Konstitusi, Sistem Presidentil, serta Pemisahan Kekuasaan dan *Check and Balances*.

a) Supremasi Konstitusi

Salah satu perubahan mendasar dalam UUD 1945 adalah perubahan Pasal 1 ayat (2) yang berbunyi "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar." Ketentuan ini membawa implikasi bahwa kedaulatan rakyat tidak lagi dilakukan sepenuhnya oleh MPR, tetapi dilakukan menurut

236 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal. 20.

ketentuan Undang-Undang Dasar. MPR tidak lagi menjadi lembaga tertinggi negara di atas lembaga-lembaga tinggi negara.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 tersebut, UUD 1945 menjadi dasar hukum tertinggi pelaksanaan kedaulatan rakyat. Hal ini berarti kedaulatan rakyat dilakukan oleh seluruh organ konstitusional dengan masing-masing fungsi dan kewenangannya berdasarkan UUD 1945. Jika berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 sebelum perubahan kedaulatan dilakukan sepenuhnya oleh MPR dan kemudian didistribusikan kepada lembaga-lembaga tinggi negara, maka berdasarkan hasil perubahan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 kedaulatan tetap berada di tangan rakyat dan pelaksanaannya langsung didistribusikan secara fungsional *(distributed functionally)* kepada organ-organ konstitusional.

Konsekuensinya, setelah Perubahan UUD 1945 tidak dikenal lagi konsepsi lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara. Lembaga-Iembaga negara yang merupakan organ konstitusional kedudukannya tidak lagi seluruhnya hierarkis di bawah MPR, tetapi sejajar dan saling berhubungan berdasarkan kewenangan masing-masing berdasarkan UUD 1945.

b) Sistem Presidentil

Sebelum adanya Perubahan UUD 1945, sistem pemerintahan yang dianut tidak sepenuhnya sistem presidentil. Jika dilihat hubungan antara DPR sebagai parlemen dengan Presiden yang sejajar *(neben),* serta adanya masa jabatan Presiden yang ditentukan *(fix term)* memang menunjukkan ciri sistem presidentil. Namun jika dilihat dari keberadaan MPR yang memilih, memberikan mandat, dan dapat memberhentikan Presiden, maka sistem tersebut memiliki ciri-ciri sistem parlementer. Presiden adalah mandataris MPR dan sebagai konsekuensinya Presiden bertanggung jawab kepada MPR dan MPR dapat memberhentikan Presiden.

Salah satu kesepakatan dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 1999 terkait Perubahan UUD 1945 adalah *"sepakat untuk mempertahankan sistem presidensiil (dalam pengertian sekaligus menyempumakan agar betul-betul memenuhi ciri-ciri umum sistem presidensiil)."* Penyempurnaan dilakukan dengan perubahan-perubahan ketentuan UUD 1945 terkait sistem kelembagaan.

Perubahan mendasar pertama adalah perubahan kedudukan MPR yang mengakibatkan kedudukan MPR tidak lagi merupakan lembaga tertinggi negara, sebagaimana telah dibahas sebelumnya. Perubahan selanjutnya untuk menyempurnakan sistem presidentil adalah menyeimbangkan legitimasi dan kedudukan antara lembaga eksekutif dan legislatif, dalam hal ini terutama antara DPR dan Presiden. Hal ini dilakukan dengan pengaturan mekanisme pemilihan Presiden dan Wakil Presiden yang dilakukan secara langsung oleh rakyat dan mekanisme pemberhentian dalam masa jabatan sebagaimana diatur dalam Pasal 6, 6A, 7, 7A, dan 8 UUD 1945. Karena Presiden dan Wakil Presiden dipilih secara langsung oleh rakyat, maka memiliki legitimasi kuat dan tidak dapat dengan mudah diberhentikan kecuali karena melakukan tindakan pelanggaran hukum.

Proses usulan pemberhentian Presiden dan atau Wakil Presiden tidak lagi sepenuhnya diserahkan kepada mekanisme politik, tetapi dengan mengingat dasar usulan pemberhentiannya adalah masalah pelanggaran hukum, maka proses hukum melalui Mahkamah Konstitusi harus dilalui. Di sisi yang lain, kekuasaan Presiden membuat Undang-Undang sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 sebelum Perubahan, diganti dengan hak mengusulkan rancangan undang-undang dan diserahkan kepada DPR sebagaimana diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UUD 1945. Selain itu juga ditegaskan Presiden tidak dapat membubarkan DPR sebagaimana diatur dalam Pasal 7C UUD 1945.

c) Pemisahan Kekuasaan dan *Check and Balances*

Sebelum perubahan UUD 1945, sistem kelembagaan yang dianut bukan pemisahan kekuasaan *(separation of power)* tetapi sering disebut dengan istilah pembagian kekuasaan *(distribution of power)*. Presiden tidak hanya memegang kekuasaan pemerintahan tertinggi (eksekutif) tetapi juga memegang kekuasaan membentuk undang-undang atau kekuasaan legislatif bersama-sama dengan DPR sebagai *co-legislator*-nya. Sedangkan, masalah kekuasaan kehakiman (yudikatif) dalam UUD 1945 sebelum perubahan dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang.

Dengan adanya perubahan kekuasaan pembentukan undang-undang yang semula dimiliki oleh Presiden menjadi dimiliki oleh DPR berdasarkan hasil Perubahan UUD 1945, terutama Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 20 ayat (1), maka yang disebut sebagai lembaga legislatif (utama) adalah DPR, sedangkan lembaga eksekutif adalah Presiden. Walaupun dalam proses pembuatan suatu undang-undang dibutuhkan persetujuan Presiden, namun fungsi Presiden dalam hal ini adalah sebagai *co-legislator*, bukan sebagai *legislator* utama. Sedangkan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung (dan badan-badan peradilan di bawahnya) dan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945.

Hubungan antara kekuasaan eksekutif yang dilakukan oleh Presiden, kekuasaan legislatif oleh DPR dan kekuasaan yudikatif yang dilakukan oleh MA dan MK merupakan perwujudan sistem *checks and balances*. Sistem *checks and balances* dimaksudkan untuk mengimbangi pembagian kekuasaan yang dilakukan agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan oleh lembaga pemegang kekuasaan tertentu atau terjadi kebuntuan dalam hubungan antarlembaga. Oleh karena itu, dalam pelaksanaan suatu kekuasaan selalu ada peran lembaga lain.

Dalam pelaksanaan kekuasaan pembuatan undang-undang misalnya, walaupun ditentukan kekuasaan membuat undang-undang dimiliki oleh DPR, namun dalam pelaksanaannya membutuhkan kerja sama dengan *co-legislator*, yaitu Presiden. Bahkan suatu ketentuan undang-undang yang telah mendapatkan persetujuan bersama DPR dan Presiden serta telah disahkan dan diundangkan pun dapat dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat oleh MK jika dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

Khusus mengenai DPD, meskipun terkait dengan kekuasaan legislatif, khususnya berkenaan dengan rancangan undang-undang tertentu, tetapi fungsinya tidak disebut sebagai fungsi legislatif. DPD hanya berfungsi terbatas memberi saran, pertimbangan atau pendapat serta melakukan pengawasan yang sifatnya tidak mengikat. Karena itu DPD bukan sepenuhnya sebagai lembaga legislatif. Keberadaannya hanya bersifat penunjang terhadap fungsi DPR.

Di sisi lain, Presiden dalam menjalankan kekuasaan pemerintahannya mendapatkan pengawasan dari DPR. Pengawasan tidak hanya dilakukan setelah suatu kegiatan dilaksanakan, tetapi juga pada saat dibuat perencanaan pembangunan dan alokasi anggarannya. Bahkan kedudukan DPR dalam hal ini cukup kuat karena memiliki fungsi anggaran secara khusus selain fungsi legislasi dan fungsi pengawasan sebagaimana diatur pada Pasal 20A UUD 1945. Namun demikian kekuasaan DPR juga terbatas, DPR tidak dapat menjatuhkan Presiden dan atau Wakil Presiden kecuali karena alasan pelanggaran hukum. Usulan DPR tersebut harus melalui forum hukum di MK sebelum dapat diajukan ke MPR.

E. SISTEM PEMERINTAHAN

Dasar dan bentuk susunan suatu negara secara teoritis berhubungan erat dengan riwayat hukum dan stuktur sosial dari suatu bangsa.[237] Karena itulah setiap negara membangun susunan negaranya selalu dengan

237 Notulen rapat-rapat BPUPKI dan PPKI memberi gambaran betapa mendalamdan tinggi mutu diskusi para Bapak Bangsa tentang sistem pemerintahan. Pada sidang-sidang itu, Prof Soepomo, Mr Maramis, Bung Karno, dan Bung Hatta mengajukan aneka pertimbangan filosofis dan hasil kajian empiris untuk mendukung keyakinan mereka bahwa Trias Politica ala Montesqieue bukan sistem pembagian kekuasaan yang paling cocok untuk melaksanakan kedaulatan rakyat. Bahkan, Supomo, Soekarno menganggap Trias Politica sudah kolot dan tidak cocok untuk kondisi Indonesia. Pada rapat Panitia HukumDasar, bentukan BPUPKI, 11 juli 1945, dicapai kesepekatan, Republik Indonesia tidak akan menggunakan sistemparlementer seperti dilnggris karena merupakan penerapan dari perspektif individualisme. Sistem tersebut dipandang tidak mengenal pemisahan kekuasaan secara tegas.Antara cabang legislatif dan eksekutif ada fusion of powerkarena kekuasaan eksekutif sebenarnya adalah "bagian" kekuasaan legislatif. Perdana menteri dan para menteri sebagai kabinet yang kolektif adalah anggota parlemen. Sebaliknya, sistempresidensial dipandang tidak cocok untuk Indonesia yang baru merdeka karena sistemitu mempunyai tiga kelemahan. Pertama, sistem presidensial mengandung resiko konflik berkepanjangan antara legislatif eksekutif. Kedua, sistemini dianggap amat kaku karena presiden tidak dapat diturunkan sebelummasa jabatannyaberakhir. Ketiga, cara pemilihan winner takes all seperti dipraktikkan di Amerika Serikat bertentangan dengan semangat demokrasi. Indonesia yang baru merdeka akan menggunakan "SistemSendiri" sesuai usulan Dr. Soekiman, anggota BPUPKI dari Yogyakarta dan Prof. Soepomo, Ketua Panitia Kecil BPUPKI. Para ahli Indonesia menggunakan terminologi yang berbeda untuk menamakan sistem khas Indonesia tersebut. Ismail Suny menyebutnya SistemQuasi presidensial, Padmo Wahono menamakannya Sistem Mandataris, dan Azhary menamakannya SistemMPR. Dalam klasifikasi Verney, sistemyang mengandung karakteristik sistempresidensial dan parlementer disebut sistem semi-presidensial. Lihat, Sofyan Efendi, acara Dies Natalis ke 18 Universitas Wangsa Manggala, Yogyakarta, pada 9 Oktober 2004 dengan tema Revitalisasi Nilai Luhur Budaya Bangsa Sebagai Landasan Jatidiri Bangsa Indonesia". hal. 5.

memperhatikan kedua konfigurasi politik, hukum dan struktur sosialnya. Atas dasar pemikiran tersebut, Soepomo dalam rapat BPUPKI tanggal 31 Mei 1945 mengusulkan agar sistem pemerintahan negara Indnesia yang akan dibentuk.[238]

Dalam konteks tersebut, menurut penulis bahwa sangat urgennya dan sangat mendesaknya dalam pembentukan susunan negara terlebih dahulu menentukan sistem pemerintahannya dalam konstitusi, karena akan berimplikasi hubungan antara kekuasaan atau pemerintahan negara dan warga negaranya serta pertangggungjawaban kekuasaan pemerintahan negaranya. Oleh karena itu, sistem pemerintahan dapat dibagi kedalam dua bagian yang akan diuraikan di bawah ini.

1. Sistem Parlementer

Di dalam sistem ini ada hubungan yang erat antara badan eksekutif dengan badan legislatif, atau parlemen, atau badan perwakilan rakyat. Tugas atau kekuasaan eksekutif di sini diserahkan kepada suatu badan yang disebut kabinet atau dewan menteri. Kabinet ini mempertanggungjawabkan kebijaksanaanya, terutama dalam lapangan pemerintahan kepada badan perwakilan rakyat, yang menurut ajaran trias politika Montesquieu diserahi tugas memegang kekuasaan perundang-undangan, atau kekuasaan legislatif.

Pertanggunganjawaban ini tidak berarti bahwa badan eksekutif harus mengikuti segala apa yang dikehendaki oleh badan perwakilan rakyat saja, dan menjalankan apa yang menjadi kemauan daripada badan perwakilan rakyat; tetapi kabinet masih mempunyai kebebasan dalam menentukan kebijaksanaannya, terutama mengenai langkah-langkah pemerintahannya. Jadi, pokoknya kabinet masih mempunyai kebebasan dalam inisiatif. Hanya saja dalam tindakan-tindakannya mereka bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat atau parlemen, yang berarti bahwa mereka setiap waktu atau setiap kali dapat dimintai pertanggungjawaban tentang kebijaksanaannya oleh badan perwakilan rakyat.

Jika terjadi hal yang demikian, artinya badan perwakilan rakyat minta pertanggungan jawab kepada kabinet tentang kebijaksanaannya maka kabinet harus membela dan menjelaskan kebijaksanaannya itu

238 Sekretariat Negara R.I., Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Kemerdekaan (BPUPK) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei – 22 Agustus 1945. Jakarta, Sekretariat Negara R.I., 1998, hal. 55.

kepada badan perwakilan rakyat. Penjelasan ini mungkin hanya dilakukan oleh salah seorang menteri yang bersangkutan, atau mungkin oleh kabinet sendiri, jadi seluruh menterilah yang bertanggung jawab. Jika demikian halnya, maka biasanya penjelasan diberikan oleh perdana menterinya.

Setelah itu tergantung kapada penilaian daripada badan perwakilan rakyat itu, untuk dapat menerima baik pertanggungan jawab yang diberikan oleh kabinet tersebut, ataukah tidak. Kalau badan perwakilan rakyat dapat menerima pertanggungan-jawab yang diberikan oleh kabinet tersebut, maka dalam hal ini tidak akan terjadi sesuatu hal, akan tetapi kalau badan perwakilan tidak dapat menerima, ada kemungkinan bahwa badan perwakilan rakyat itu dengan suatu keputusan menyatakan tidak percaya terhadap kebijaksanaan pemerintah atau kabinet tersebut. Jika terjadi hal yang demikian ini maka menteri, atau para menteri yang bersangkutan, atau kadang-kadang malahan seluruh menteri atau seluruh anggota kabinet harus mengundurkan diri. Inilah yang disebut sebagai krisis kabinet.

Oleh karena kabinet itu bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat, maka sudah barang tentu pertanggungan jawab itu kebanyakan akan diterima baik oleh badan perwakilan rakyat, jika kebijaksanaan pada umumnya dari kabinet itu sesuai dengan yang dikehendaki oleh mayoritas di dalam badan perwakilan rakyat. Dan kebijaksanaan yang demikian itu pada umunya dapat diharapkan akan mendapatkan penerimaan baik oleh mayoritas dalam badan perwakilan rakyat, kalau dalam pembentukan kabinet itu telah diusahakan terlebih dahulu duduknya orang-orang yang bersama-sama merupakan mayoritas di dalam parlemen.[239]

Menurut Arend Lijphart[240] ciri-ciri Sistem Pemerintahan Parlementer, yakni terdiri dari:

1. Majelis menjadi Parlemen
2. Kepala Pemerintahan mengangkat Menteri
3. Kementerian (Pemerintah) adalah Badan Kolektif
4. Menteri biasanya merupakan Anggota Parlemen
5. Pemerintah bertanggung jawab secara politik kepada Majelis

239 Ibid., hal. 249-251.

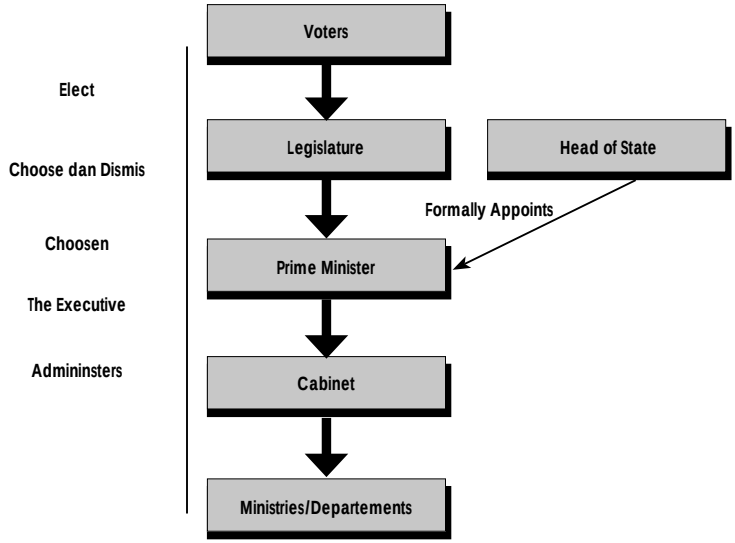
240 Arend Lijphart, Parliamentary versus Presidential Goverment; diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Ibrahim R.dkk, Sistem Pemerintahan Parlementer dan Presidensial, (Cet. 1, Ed.1; Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1995), hal. 36-41.

6. Kepala Pemerintahan dapat memberikan pendapat kepada Kepala Negara untuk membubarkan Parlemen.
7. Parlemen sebagai suatu kesatuan memiliki supremasi atas kedudukan yang lebih tinggi dari bagian-bagiannya Pemerintah dan Majelis, tetapi mereka tidak saling menguasai.
8. Pemerintah sebagai suatu kesatuan hanya bertanggung jawab secara tak langsung kepada para pemilih.
9. Parlemen adalah fokus kekuasaan dalam sistem politik.

Sedangkan menurut Jimly Asshiddiqie[241] mengatakan bahwa dalam sistem parlementer dapat dikemukakan enam ciri, yaitu: (i) Kabinet dibentuk dan bertanggung jawab kepada parlemen. (ii) Kabinet dibentuk sebagai satu kesatuan dengan tanggung jawab kolektif di bawah Perdana Menteri. (iii) Kabinet mempunyai hak konstitusional untuk membubarkan parlemen sebelum periode bekerjanya berakhir. (iv) Setiap anggota kabinet adalah anggota parlemen yang terpilih. (v) Kepala pemerintahan (Perdana Menteri) tidak dipilih langsung oleh rakyat, melainkan hanya dipilih menjadi salah seorang anggota parlemen. (vi) Adanya pemisahan yang tegas antara kepala negara dengan kepala pemerintahan.

241 Jimly Asshiddiqie, Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah (telaah perbandingan konstitusi berbagai negara), Cet.1, (Jakarta: UI-PRESS, 1996), hal. 67.

Bagan Sistem Pemerintahan Parlementer[242]



2. Sistem Presidensial

Dalam sistem ini, apabila susunan daripada badan eksekutif terdiri daripada seorang presiden, sebagai kepala pemerintahan, dan didampingi atau dibantu oleh seorang wakil presiden. Presiden di dalam menjalankan tugasnya dibantu oleh para menteri. Jadi para menteri itu kedudukannya sebagai pembantu presiden, maka para menteri tersebut di dalam menjalankan tugasnya harus bertanggung jawab kepada presiden. Para menteri itu diangkat dan diberhentikan oleh Presiden.

Menteri-menteri itu sebagai pembantu presiden bertugas memimpin departemen-departemen pemerintahan, dan bertanggung jawab kepada presiden. Badan perwakilan rakyat tidak dapat memberhentikan seseorang atau beberapa orang menteri yang turut bekerja di dalam badan eksekutif, meskipun badan perwakilan rakyat itu tidak dapat menyetujui kebijaksanaan daripada para menteri tersebut.

Jadi para menteri ini tidak mempunyai hubungan ke luar, dimaksudkan hubungan pertanggungan jawab dengan badan perwakilan

242 Rod hague dan Martin Harrop, Comperative Government and Politics an introduction, 5 ed, (New York: Palgrave, 2001), hal. 240.

rakyat. Yang bertanggung jawab pelaksanaan tugas yang diberikan kepada mereka oleh Kepala negara, adalah kepala negara sendiri. Sedangkan kepala negara ini pun tidak bertanggung jawab kepada badan perwakilan rakyat, atas kebijaksanaan penyelesaian daripada tugas-tugasnya. Maka mengingat akan kedudukan para menteri ini, yang hanya merupakan pembantu daripada presiden, dan di mana presiden itu nyata-nyata merupakan pimpinan daripada badan eksekutif, *stelsel* atau sistem yang demikian ini disebut *stelsel* atau sistem presidensiil.[243]

Sedang Sistem Presidensial menurut Arend Lijphart[244], yakni terdiri dari:

1. Majelis tetap sebagai majelis saja
2. Eksekutif tidak dibagi tetapi hanya ada seorang presiden yang dipilih oleh rakyat untuk masa jabatan tertentu pada saat majelis dipilih.
3. Kepala Pemerintahan adalah Kepala Negara
4. Presiden mengangkat Kepala Departemen yang merupakan bawahannya
5. Presiden adalah Eksekutif Tunggal
6. Anggota Majelis tidak boleh menduduki jabatan pemerintahan dan sebaliknya
7. Eksekutif bertanggung jawab kepada Konstitusi
8. Presiden tidak dapat membubarkan atau memaksa Majelis
9. Majelis berkedudukan lebih tinggi dari bagian-bagian pemerintahan lain dan tidak ada peleburan bagian Eksekutif dan Legislatif seperti dalam sebuah Parlemen.
10. Eksekutif bertanggung jawab langsung kepada para pemilih
11. Tidak ada fokus kekuasaan dalam sistem politik.

Sedangkan sistem parlementer menurut Jimly[245] Pada sistem

243 Soehino, Ilmu Negara, (Cet. III; Yogyakarta: Penerbit Liberty Yogyakarta, 2000)., hal. 249

244 Ibid., hal. 43-48

245 Ibid., hal. 76-81. Wewenang dan kekuasaan Presiden sebagai Kepala Negara pada sistem parlementer diatur secara konstitusional Sebagai contoh: Algeria (Article 77) In addition to the po wers bestowed, explicitly, upon him by other provisions of the Constitution the Presiden of the Republic has the following powers and prerogatives: he is the Supreme Chief of all the Armed Forces of the Republic; he decides and conducts the foreign policy of the Nation; he presides the Cabinet; he appoints the Head of Government and puts an end to his functions; he signs the Presidenial decrees; he has the right of pardon, remission or commutation of punishment; he can refer to the People through a referendum on any issue of national importance; he concludes and ratifies international treaties; he awards State medals, decorations and honorific titles. Italia (Article 87) The Presiden of the Republic is the head of the State and represents the unity of the Na tion; The

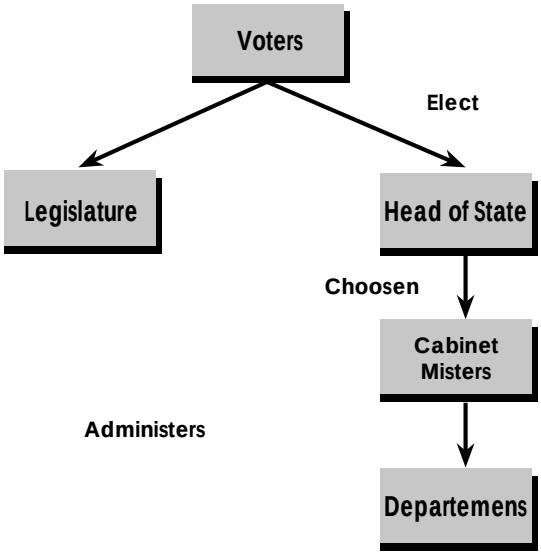
parlementer kedudukan Presiden hanya sebagai kepala negara dimaksud bahwa Presiden hanya memiliki kedudukan simbolik sebagai pemimpin yang mewakili segenap bangsa dan negara. Di beberapa negara, kepala negara juga memiliki kedudukan seremonial tertentu seperti pengukuhan, melantik dan mengambil sumpah Perdana Menteri beserta para anggota kabinet, dan para pejabat tinggi lainnya, mengesahkan undang-undang, mengangkat duta dan konsul, menerima duta besar dan perwakilan negara-negara asing, memberikan grasi, amnesti, abolisi dan rehalibitasi. Selain itu pada negara-negara yang menganut sistem multipartai, kepala negara dapat mempengaruhi pemilihan calon Perdana Menteri.

Berdasarkan dari penjelasan di atas, wacana yang menarik adalah, sistem pemerintahan apakah yang dianut oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pasca amandemen? Ketika pada tahun 1999, timbul perdebatan mengenai perlunya diadakan perubahan UUD 1945, muncul kesepakatan bahwa perubahan itu dapat disepakati bersama, asalkan dapat dijamin bahwa sistem pemerintahan presidensial tidak akan berubah, dan bahkan ada pula yang menyatakan bahwa perubahan UUD 1945 akan dilakukan asalkan salah satunya dimaksudkan untuk memperkuat sistem presidensial. Di samping istilah penguatan sistem pemerintahan presidentil, kadang-kadang ada juga yang menggunakan istilah pemurnian atau purifikasi sistem pemerintahan presidentil. Di antara cirinya yang baru ialah bahwa dalam sistem pemerintahan presidential berdasarkan UUD 1945 dewasa ini, tidak ada lagi jalur pertanggungjawaban Presiden kepada MPR, karena Presiden dipilih langsung oleh rakyat, maka Presiden juga harus langsung bertanggung jawab kepada rakyat melalui penerapan prinsip-prinsip transparansi dan akuntabilitas, melalui kebebasan pers, melalui kebebasan berserikat, berkumpul, dan berpartai politik, dan melalui pemilihan umum yang langsung, umum, bebas, rahasia, dan jujur, serta bekeadilan secara periodik setiap 5 tahunan. Dengan menelaah perkembangan yang demikian, maka kita tidak perlu ragu untuk menyatakan bahwa sistem

Presiden may send messages to Parliament; He shall call the elections of the two Chambers and fix the date of their first meeting; He shall authorize the submission to Parliament of bills proposed by the Government; He shall promulgate laws and i ssue decrees having the value of law, and government regulations; He shall call a referendum in such cases as are laid down by the Constitution; He shall appoint State officials in such cases as are laid down by the law; He shall accredit and receive diplo matic representatives; ratify international treaties, provided they are authorized by Parliament whenever such authorization is needed; The Presiden shall be the commander of the Armed forces.

pemerintahan yang dianut oleh UUD 1945 dewasa ini adalah sistem pemerintahan presidensial.[246]

Bagan Sistem Pemerintahan Presidensial[247]



F. HAK ASASI MANUSIA

Kepentingan paling mendasar dari setiap warga negara adalah perlindungan terhadap hak-haknya sebagai manusia.[248] Oleh karena itu, Hak asasi manusia merupakan materi inti dari naskah undang-undang

246 Jimly Asshiddiqie, Orasi Ilmniah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47, Jember, Senin, 14 November, 2011, hal. 2.

247 Rod hague dan Martin Harrop, Op. Cit., hal. 237.

248 Dalam konteks hak asasi manusia, jauh sebelumnya telah diabadikan di dalam al-Quran, hak hidup misalnya, sebagaimana dalam QS. Al-Maidah (5): 32), 32. "Oleh Karena itu kami tetapkan (suatu hukum) bagi Bani Israil, bahwa: barangsiapa yang membunuh seorang manusia, bukan Karena orang itu (membunuh) orang lain, atau bukan Karena membuat kerusakan dimuka bumi, Maka seakan-akan dia Telah membunuh manusia seluruhnya. dan barangsiapa yang memelihara kehidupan seorang manusia, Maka seolah-olah dia Telah memelihara kehidupan manusia semuanya. dan Sesungguhnya Telah datang kepada mereka rasul-rasul kami dengan (membawa) keterangan-keterangan yang jelas, Kemudian banyak diantara mereka sesudah itu sungguh-sungguh melampaui batas dalam berbuat kerusakan dimuka bumi. Untuk lebih mendetail tentang macam-macam hak asasi manusia dalam Islam, Lihat, Masdar Farid, Mas'udi, Syara UUD 1945 Perspektif Islam, Tanggerang Selatan: Pustaka Alvabet, 2013, hal. 191-208.

dasar negara modern. Hak Asasi Manusia (HAM), adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan setiap manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi, dan dilindungi oleh Negara, Hukum, Pemerintahan, dan setiap orang, demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.[249] Artinya, yang dimaksud sebagai hak asasi manusia adalah hak yang melekat pada diri setiap pribadi manusia.

Dalam sejarah perkembangan HAM, memperlihatkan bahwa munculnya konsepsi HAM tidak terlepas dari reaksi atas kekuasaan absolut yang pada akhirnya memunculkan sistem konstitusional dan konsep negara hukum baik itu *rechtstaat* maupun *rule of law*. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Louis XIV dengan ungkapan *L etat'est Moi* atau Negara adalah Saya.

Kekuasaan yang terkonsentrasi pada satu tangan menimbulkan kesewenang-wenangan, demikian diindikasikan oleh Lord Acton: *power tends to corrupt, Absolute power corrupt absolutely*. Menurut Philipus M. Hadjon sebagaimana dikutip Masda El-Muhtaj,[250] konsep *rechtstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner. Sebaliknya konsep *rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini tampak baik dari isi maupun kriteria *rechtstaat* dan *rule of law* itu sendiri. Konsep yang pertama bertumpu pada sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut *civil law*. Sedang konsep yang terakhir bertumpu pada sistem hukum *comman law* atau *Anglosakson*.

Munculnya keinginan untuk melakukan pembatasan yuridis terhadap kekuasaan, pada dasarnya, dikarenakan politik kekuasaan yang cenderung korup. Hal ini dikhawatirkan akan menjauhkan fungsi dan peran negara bagi kehidupan individu dan masyarakat. Atas dasar itu, terdapat keinginan yang besar agar dilakukan pembatasan kekuasaan secara yuridis-normatif untuk menghindari penguasa yang otoriter. Di sinilah konstitusi menjadi penting artinya bagi kehidupan masyarakat. Konstitusi dijadikan sebagai perwujudan hukum tertinggi yang harus dipatuhi oleh negara dan pejabat-pejabat pemerintah, sesuai dengan dalil *government by laws, not by men* (pemerintahan berdasarkan hukum bukan berdasarkan manusia).[251]

249 Lihat Pasal 1 angka 1 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

250 Majda El Muhtaj, Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia, Jakarta: Prenada Media, 2005, hal. 23.

251 Miriam Budihardjo, Op.cit., hal. 57.

Asal usul gagasan mengenai HAM sebagaimana disebut terdahulu bersumber dari teori hak kodrati (*natural rights theory*). Teori kodrati mengenai hak itu bermula dari teori hukum kodrati (*natural law theory*). Dalam perkembangannya melawan kekuasaan muncul Gerakan Pembaharuan (*Renaissance*) yang mengharapkan kembali kebudayaan Yunani dan Romawi yang menghormati orang per orang. Gerakan pembaharuan diteruskan oleh aliran hukum kodrat yang dipelopori oleh Thomas Aquinas dan Grotius yang menegaskan bahwa setiap orang dalam kehidupan ditentukan oleh Tuhan, tetapi semua orang apa pun statusnya tunduk pada otoritas Tuhan. Artinya, bukan hanya kekuasaan Raja saja yang dibatasi oleh aturan-aturan Ilahiah tetapi semua manusia dianugerahi identitas individual yang unik; yang terpisah dari negara di mana ia memiliki hak kodrati yang menyatakan bahwa setiap individu adalah makhluk otonom.[252]

Dalam perkembangannya hak-hak individu itu memperoleh tempatnya pada:

1. Magna Carta (1215) yang berisi kompromi pembagian kekuasaan Raja John dengan bangsawannya dan memuat gagasan HAM yang menjamin adanya perlindungan rakyat dari penangkapan, penahanan dan pembuangan kecuali ada keputusan pengadilan yang sah.
2. Habeas Carpus (1679) di Inggris yang mengharuskan seseorang yang ditangkap diperiksa dalam waktu singkat.
3. Glorius Revolution di Inggris pada tahun 1688 disusul *Bill of Rights* (1689) yang memuat hak-hak rakyat dan menegaskan kekuasaan Raja tunduk di bawah Parlemen.
4. Declaration of Independence 1788 yang disusun Thomas Jefferson mencantumkan bahwa manusia karena kodratnya bebas merdeka serta memiliki hak-hak yang tidak dapat dipisahkan atau dirampas dengan sifat kemanusiaannya berupa; hak hidup, hak memiliki, hak mengejar kebahagiaan dan keamanan
5. Pandangan inilah yang di bawah Marquis de Lafayette ke Perancis dan dimuat di *Des Droit De L'Homme et Du Citoyen* (Deklarasi Hak Manusia dan Warga Negara 1789) Pasal 1 : "Tujuan setiap organisasi politik adalah pelestarian HAM yang kodrati dan tidak

252 Rhona K Smith et al, Hukum HAM, Yogyakarta: Pusham UII, 2009, hal. 12.

dapat dicabut. Hak-hak itu adalah kebebasan (*Liberty*), Harta (*Property*), keamanan (*Safety*), perlawanan terhadap penindasan (*Resistence of Oppression*).[253]

Gagasan HAM yang berbasis pada pandangan hukum kodrati itu mendapat tantangan serius pada abad ke 19 dari Jeramy Bentham seorang filsuf utilitarian dari Inggris. Kritik Bentham yang mendasar terhadap teori hak-hak kodrati adalah bahwa hak-hak kodrati itu tidak bisa dikonfimasi dan diverifikasi kebenarannya. Hak bagi Bentham adalah anak kandung hukum, dari fungsi hukum lahirlah hak. Kritik Bentham mendapat dukungan dari kaum positivis seperti yang dikembangkan oleh John Austin bahwa eksistensi dan isi hak hanya dapat diturunkan dari hukum negara. Satu-satunya hukum yang sahih adalah perintah dari yang berdaulat. Ia tidak datang dari alam atau moral, melainkan dari negara.[254]

Namun demikian, penolakan dari kalangan utilitarian dan positivis tersebut tidak membuat teori hak-hak kodrati dilupakan orang. Jauh dari anggapan Bentham, hak-hak kodrati tidak kehilangan pamornya, ia malah tampil kembali pada masa akhir Perang Dunia II. Gerakan untuk menghidupkan kembali teori hak-hak kodrati inilah yang mengilhami kemunculan gagasan HAM di panggung internasional.[255]

Menurut Jimly, sering dikemukakan bahwa pengertian konseptual hak asasi manusia itu dalam sejarah instrumen hukum internasional setidak-tidaknya telah melampaui tiga generasi perkembangan. Ketiga generasi perkembangan konsepsi hak asasi manusia itu adalah:[256]

Generasi Pertama, pemikiran mengenai konsepsi hak asasi manusia yang sejak lama berkembang dalam wacana para ilmuwan sejak era *enlightenment* di Eropa, meningkat menjadi dokumen-dokumen hukum internasional yang resmi. Puncak perkembangan generasi pertama hak asasi manusia ini adalah pada persitiwa penandatanganan naskah *Universal Declaration of Human Rights*[257] Perserikatan Bangsa-

253 Retno Kusniati, Sejarah Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia dalam Kaitannya dengan Konsepsi Negara Hukum, Makalah disampaikan pada Bimbingan Teknis HAM Kantor Wilayah Kementrian Hukum dan HAM Jambi di Hotel Ceria Jambi tgl 24 Mei 2011, hal. 6.

254 Ibid.

255 David Weissbrodt, Hak-Hak Asasi: Tinjauan dari Perspektif Sejarah, dalam Peter Davies, Hak Asasi Manusia: Sebuah Bunga Rampai, Jakarta: Yayasann Obor Indonesia, 1994, hal. 30.

256 Jimly Asshiddiqie, Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, (Jakarta; Konstitusi Press, 2005), hal. 212 et seq.

257 Ditetapkan oleh Majelis Umum dalam Resolusi 217 A (III) tertanggal 10 Desember 1948. Lihat Juga penulis kutip, dalam Jimly Ashiddiqie, Demokrasi dan Hak Asasi Manusia, Makalah yang disampaikan dalam studium

Bangsa pada tahun 1948 setelah sebelumnya ide-ide perlindungan hak asasi manusia itu tercantum dalam naskah-naskah bersejarah di beberapa negara, seperti di Inggris dengan *Magna Charta* dan *Bill of Rights*, di Amerika Serikat dengan *Declaration of Independence*, dan di Perancis dengan *Declaration of Rights of Man and of the Citizens*. Dalam konsepsi generasi pertama ini elemen dasar konsepsi hak asasi manusia itu mencakup soal prinsip integritas manusia, kebutuhan dasar manusia, dan prinsip kebebasan sipil dan politik.

Pada perkembangan selanjutnya yang dapat disebut sebagai hak asasi manusia **Generasi Kedua,** di samping adanya *International Couvenant on Civil and Political Rights,*[258] konsepsi hak asasi manusia mencakup pula upaya menjamin pemenuhan kebutuhan untuk mengejar kemajuan ekonomi, sosial dan kebudayaan, termasuk hak atas pendidikan, hak untuk menentukan status politik, hak untuk menikmati ragam penemuan penemuan-penemuan ilmiah, dan lain-lain sebagainya. Puncak perkembangan kedua ini tercapai dengan ditandatanganinya *International Couvenant on Economic, Social and Cultural Rights*[259] pada tahun 1966.

Kemudian pada tahun 1986, muncul pula konsepsi baru hak asasi manusia yaitu mencakup pengertian mengenai hak untuk pembangunan atau *rights to development*. Hak atas atau untuk pembangunan ini mencakup persamaan hak atau kesempatan untuk maju yang berlaku bagi segala bangsa, dan termasuk hak setiap orang yang hidup sebagai bagian dari kehidupan bangsa tersebut. Hak untuk atau atas pembangunan ini antara lain meliputi hak untuk berpartisipasi dalam proses pembangunan, dan hak untuk menikmati hasil-hasil pembangunan tersebut, menikmati hasil-hasil dari perkembangan ekonomi, sosial dan kebudayaan, pendidikan, kesehatan, distribusi pendapatan, kesempatan kerja, dan lain-lain sebagainya. Konsepsi baru inilah yang oleh para ahli disebut sebagai konsepsi hak asasi manusia **Generasi Ketiga**.

Namun demikian, ketiga generasi konsepsi hak asasi manusia tersebut pada pokoknya mempunyai karakteristik yang sama, yaitu dipahami dalam konteks hubungan kekuasaan yang bersifat vertikal,

general pada acara The 1st National Converence Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005.

258 Ditetapkan melalui Resolusi Majelis Umum 2200 A (III) tertanggal 16 Desember 1966. Ibid.

259 Ditetapkan melalui Resolusi Majelis Umum 2200 A (III) tertanggal 16 Desember 1966. Ibid.

antara rakyat dan pemerintahan dalam suatu negara. Setiap pelanggaran terhadap hak asasi manusia mulai dari generasi pertama sampai ketiga selalu melibatkan peran pemerintah yang biasa dikategorikan sebagai *crime by government* yang termasuk ke dalam pengertian *political crime* (kejahatan politik) sebagai lawan dari pengertian *crime against government* (kejahatan terhadap kekuasaan resmi). Karena itu, yang selalu dijadikan sasaran perjuangan hak asasi manusia adalah kekuasaan represif negara terhadap rakyatnya. Akan tetapi, dalam perkembangan zaman sekarang dan di masa-masa mendatang, sebagaimana diuraikan di atas dimensi-dimensi hak asasi manusia itu akan berubah makin kompleks sifatnya.

Persoalan hak asasi manusia tidak cukup hanya dipahami dalam konteks hubungan kekuasaan yang bersifat vertikal, tetapi mencakup pula hubungan-hubungan kekuasaan yang bersifat horizontal, antarkelompok masyarakat, antara golongan rakyat atau masyarakat, dan bahkan antar satu kelompok masyarakat di suatu negara dengan kelompok masyarakat di negara lain.

Konsepsi baru inilah yang saya sebut sebagai konsepsi hak asasi manusia **Generasi Keempat** seperti telah saya uraikan sebagian pada bagian terdahulu. Bahkan sebagai alternatif, menurut pendapat saya, konsepsi hak asasi manusia yang terakhir inilah yang justru tepat disebut sebagai **Konsepsi HAM Generasi Kedua,** karena sifat hubungan kekuasaan yang diaturnya memang berbeda dari konsepsi-konsep HAM sebelumnya. Sifat hubungan kekuasaan dalam konsepsi Generasi Pertama bersifat vertikal**,** sedangkan sifat hubungan kekuasaan dalam konsepsi Generasi Kedua bersifat horizontal. Dengan demikian, pengertian konsepsi HAM generasi kedua dan generasi ketiga sebelumnya cukup dipahami sebagai perkembangan varian yang sama dalam tahap pertumbuhan konsepsi generasi pertama.[260]

Terlepas dari gagasan HAM dan HAM dalam konteks panggung sejarah, perkembangan pemikiran HAM di Indonesia mengalami pasang dan surut yang secara jelas dapat terlihat melalui tabel periodesasi sejarah Indonesia, mulai tahun 1908 hingga sekarang. Pada dasarnya, konsep HAM bukanlah semata-mata sebagai konsep tentang hak-hak asasi individual, melainkan juga kewajiban-kewajiban asasi yang menyertainya. Periode perkembangan HAM di Indonesia dipaparkan sebagai berikut:[261]

260 Jimly Asshiddiqie, Op. cit, hal. 220-222.

261 Retno Kusniati, Op.cit., hal. 9. Lihat pula, Bagir Manan, Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia, Alumni, Bandung, 2001.

1. Periode 1908-1945

Konsep pemikiran HAM telah dikenal oleh Bangsa Indonesia terutama sejak tahun 1908 lahirnya Budi Utomo, yakni di tahun mulai timbulnya kesadaran akan pentingnya pembentukan suatu negara bangsa (*nation state*) melalui berbagai tulisan dalam suatu Majalah Goeroe Desa. Konsep HAM yang mengemuka adalah konsep-konsep mengenai hak atas kemerdekaan, dalam arti hak sebagai bangsa merdeka yang bebas menentukan nasib sendiri (*the rights of self determination*). Namun HAM bidang sipil, seperti hak bebas dari diskriminasi dalam segala bentuknya dan hak untuk mengeluarkan pikiran dan pendapat mulai juga diperbincangkan. Bahkan konsep mengenai hak untuk turut serta dalam pemerintahan telah dikemukakan oleh Budi Utomo.

Perkembangan HAM di Indonesia selanjutnya tumbuh seiring dengan kemunculan berbagai organisasi pergerakan yang intinya sebagaimana diperjuangkan oleh Perhimpunan Indonesia yaitu hak menentukan nasib sendiri. Pada masa-masa selanjutnya, pemikiran tentang demokrasi asli Bangsa Indonesia yang antara lain dikemukakan Hatta, makin memperkuat anggapan bahwa HAM telah dikenal dan bukanlah hal baru bagi Bangsa Indonesia. Perkembangan pemikiran HAM mengalami masa-masa penting manakala terjadi perdebatan tentang Rancangan UUD oleh BPUPKI. Supomo mengemukakan bahwa HAM berasal dari cara berpikir yang liberal dan individualistik yang menempatkan warga negara berhadapan dengan negara, dan karena itu, paham HAM tidak sesuai dengan "ide integralistik dari Bangsa Indonesia". Menurut Supomo manusia Indonesia menyatu dengan negaranya dan karena itu tidak masuk akal mau melindungi individu dari negara. Debat ini muncul kembali pada pertengahan Juli 1945. Sukarno mengemukakan bahwa keadilan yang diperjuangkan bagi Bangsa Indonesia bukanlah keadilan individual, melainkan keadilan sosial dan karena itu HAM dan hak-hak dasar warga negara tidak pada tempatnya dalam UUD. Sebaliknya, Muhammad Hatta dan Muhammad Yamin memperingatkan bahwa bisa saja negara menjadi negara kekuasaan dan karena itu hak-hak dasar warga negara perlu dijamin. Akhirnya tercapailah Pasal 28 UUD 1945, di mana hak-hak dasar demokratis seperti hak untuk berserikat dan berkumpul dan untuk menyampaikan pendapat diatur.

Hak asasi barulah mendapatkan tempat yang penting utamanya pada masa KRIS 1949 dan UUDS 1950, karena kedua UUD atau konstitusi itu memuat HAM secara terperinci. Hal itu disebabkan KRIS 1949 dibuat setelah lahirnya *Declaration of Human Right* 1948, sedangkan UUDS 1950 adalah perubahan dari KRIS 1949 melalui Undang-Undang Federal No. 7 tahun 1950.

2. Periode 1945-1950

Meskipun usia RIS relatif singkat, yaitu dari tanggal 27 Desember 1949 sampai 17 Agustus 1950, namun baik sistem kepartaian multipartai maupun sistem pemerintahan parlementer yang dicanangkan pada kurun waktu pertama berlakunya UUD 1945, masih berlanjut. Kedua sistem yang menumbuhkembangkan sistem politik demokrasi liberal/ parlementer tersebut semakin berlanjut setelah Indonesia kembali menjadi negara kesatuan dengan berlakunya UUDS 1950 pada periode 17 Agustus 1950-5 Juli 1959. Bahkan pada periode ini suasana kebebasan yang menjadi semanggat demokrasi liberal sangat ditenggang, sehingga dapat dikatakan bahwa baik pemikiran maupun aktualisasi HAM pada periode ini mengalami "pasang" dan menikmati "bulan madu". Karena: [262]

1. semakin banyaknya tumbuh partai politik dengan beragam ideologinya masing-masing;
2. kebebasan pers sebagai salah satu pilar demokrasi betul-betul menikmati kebebasannya;
3. Pemilihan Umum sebagai pilar lain dari demokrasi berlangsung dalam suasana kebebasan, fair dan demokratis;
4. Parlemen atau Dewan Perwakilan Rakyat sebagai representasi dari kedaulatan rakyat menunjukan kinerja dan kelasnya sebagai wakil-wakil rakyat dengan melakukan kontrol atau pengawasan;
5. Wacana dan pemikiran tentang HAM memperoleh iklim yang kondusif.

   Satu hal yang penting adalah bahwa semua partai, dengan pandangan ideologis yang berbeda-beda, sepakat bahwa HAM harus dimasukan ke dalam bab khusus yang mempunyai kedudukan sentral dalam batang tubuh UUD.

262 Bagir Manan, Ibid., Hal. 32.

3. Periode 1950-1959

Memasuki periode kedua berlakunya UUD 1945 yaitu sejak dikeluarkannya Dekrit Presiden 5 Juli 1959, gagasan atau konsepsi Presiden Soekarno mengenai demokrasi terpimpin dilihat dari sistem politik yang berlaku yang berada di bawah kontrol/kendali Presiden.

Dalam perspektif pemikiran HAM, terutama hak sipil dan politik, sistem politik demokrasi terpimpin tidak memberikan keleluasaan atau pun menenggang adanya kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pikiran dengan tulisan. Di bawah naungan demokrasi terpimpin, pemikiran tentang HAM dihadapkan pada restriksi atau pembatasan yang ketat oleh kekuasaan, sehingga mengalami kemunduran (*set back*) sebagai sesuatu yang berbanding terbalik dengan situasi pada masa Demokrasi Parlementer.

4. Periode 1959-1966

Memasuki periode kedua berlakunya UUD 1945 yaitu sejak dikeluarkannya Dekrit Presiden 5 Juli 1959, gagasan atau konsepsi Presiden Soekarno mengenai demokrasi terpimpin dilihat dari sistem politik yang berlaku yang berada di bawah kontrol/kendali Presiden.

Dalam perspektif pemikiran HAM, terutama hak sipil dan politik, sistem politik demokrasi terpimpin tidak memberikan keleluasaan atau pun menenggang adanya kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pikiran dengan tulisan. Di bawah naungan demokrasi terpimpin, pemikiran tentang HAM dihadapkan pada restriksi atau pembatasan yang ketat oleh kekuasaan, sehingga mengalami kemunduran (*set back*) sebagai sesuatu yang berbanding terbalik dengan situasi pada masa Demokrasi Parlementer.

5. Periode 1966-1998

Pemberontakan G30S/PKI tanggal 30 September 1966 yang diikuti dengan situasi *chaos* mengantarkan Indonesia kembali mengalami masa kelam kehidupan berbangsa. Presiden Soekarno mengeluarkan **Supersemar** yang dijadikan landasan hukum bagi Soeharto untuk mengamankan Indonesia. Masyarakat Indonesia dihadapkan kembali pada situasi dan keadaan di mana HAM tidak dilindungi. Hal ini disebabkan oleh

pemikiran para elit kekuasaan terhadap HAM. Umumnya era ini ditandai oleh pemikiran HAM adalah produk barat. Pada saat yang sama Indonesia sedang memacu pembangunan ekonomi dengan mengunakan slogan "pembangunan" sehingga segala upaya pemajuan dan perlindungan HAM dianggap sebagai penghambat pembangunan. Hal ini tercermin dari berbagai produk hukum yang dikeluarkan pada periode ini, yang pada umumnya bersifat restriktif terhadap HAM.

Pada pihak lain, masyarakat umumnya diwakili LSM dan kalangan akademisi berpandangan bahwa HAM adalah universal. Keadaan minimnya penghormatan dan perlindungan HAM ini mencapai titik nadir pada tahun 1998 yang ditandai oleh turunnya Soeharto sebagai Presiden.

Periode 1966-1998 ini secara garis besar memiliki karakteristik tahapan berikut:

1. Tahap represi dan pembentukan jaringan (*repression and activation of network*)

   Pada tahap ini Pemerintah melakukan represi terhadap segala bentuk perlawanan yang menyebabkan kelompok tertindas dalam masyarakat menyampaikan informasi ke masyarakat internasional. Konflik berdarah yang dimulai di Jakarta, ditandai dengan terbunuhnya pada Jenderal, disusul dengan munculnya konflik langsung yang melibatkan tentara, penduduk sipil serta orang-orang yang dianggap simpatisan PKI.

   Pembunuhan, baik dalam bentuk operasi militer maupun konflik sipil terjadi di hampir seluruh wilayah Indonesia, dengan jumlah korban yang berbeda di tiap provinsi. AD secara ressi menyimpulkan bahwa jumlah korban di seluruh Indonesia 78.000. orang.[263] Di tengah-tengah keprihatinan akan runtuhnya supremasi hukum atas banyaknya pelanggaran HAM yang terjadi di periode ini, hasil pembentukan jaringan menampakan hasilnya dengan dibebaskannya hampir seluruh tahanan politik PKI pada tahun 1970-1979. Namun, tindakan represif Orde Baru tetap berlangsung terutama terhadap gerakan mahasiswa dan aktivis yang kritis terhadap pemerintah.

263 Hermawan Sulistyo, Pembantaian Massal yang Terlupakan, 2000, hal. 43.

2. Tahap Penyangkalan

   Tahap ini ditandai dengan suatu keadaan di mana pemerintah otoriter dikritik oleh masyarakat Internasional atas pelanggaran-pelanggaran HAM yang terjadi, jawaban yang umumnya diberikan oleh pemerintah adalah bahwa HAM merupakan urusan domestik sehingga kritikan dianggap sebagai campur tangan terhadap kedaulatan negara. Tampaknya pada masa penyangkalan ini Pemerintahan Soeharto yang mendasarkan HAM pada konsepsi negara integralistik yang dikemukakan Supomo, yang tampaknya lebih mengedepankan kewajiban dibanding hak. Hal ini sebetulnya rancu, karena paham integralistik telah ditolak pada pembahasan naskah UUD, dan Supomo sendiri akhirnya menerima usul Hatta dan Muhammad Yamin untuk memasukan hak berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pikiran ke dalam UUD.

   Kritik internasional yang berlanjut atas berbagai pelanggaran HAM Timor-Timor, kasus Tanjung Priok, kasus DOM Aceh, kasus Kedung Ombo, peristiwa Santa Cruz coba diatasi dengan membentuk Komnas HAM pada tahun 1993.

3. Tahap Konsesi Taktis

   Pada tahap ini Pemerintah Orde Baru terdesak dan diterpa krisis moneter pada tahun 1997. Indonesia mulai menerima HAM internasional karena membutuhkan dana untuk membangun. Pada bagian lain kekuasaan Orde Baru mulai melemah, puncaknya terjadi pada bulan Mei 1998 yang diwarnai dengan peristiwa berdarah 14 Mei 1998. Demonstrasi mahasiswa yang terjadi secara besar-besaran telah menurunkan Soeharto sebagai Presiden.

4. Tahap Penentuan

   Banyaknya norma HAM internasional yang diadopsi dalam peraturan perundang-undangan nasional melalui ratifikasi dan institusionalisasi. Beberapa kemajuan dapat dilihat dari berbagai Sejarah Perlindungan Hak Asasi Manusia, Konsepsi Negara Hukum peraturan perundang-undangan HAM yaitu diintegrasikannya HAM dalam perubahan UUD 1945 serta dibentuknya peraturan perundangan HAM.

6. Periode 1998-sekarang

Sebagaimana telah berhasil dirumuskan dalam naskah Perubahan Kedua UUD 1945, ketentuan mengenai hak-hak asasi manusia telah mendapatkan jaminan konstitusional yang sangat kuat dalam Undang-Undang Dasar. Sebagian besar materi Undang-Undang Dasar ini sebenarnya berasal dari rumusan Undang-Undang yang telah disahkan sebelumnya, yaitu Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia. Jika dirumuskan kembali, maka materi yang sudah diadopsikan ke dalam rumusan Undang-Undang Dasar 1945 mencakup 27 materi berikut:

1. Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya[264].
2. Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah[265].
3. Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi[266].
4. Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu[267].
5. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali[268].
6. Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya[269].
7. Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat[270].
8. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan

264 Dari Pasal 28A Perubahan Kedua UUD 1945.
265 Ayat (2) ini berasal dari Pasal 28B ayat (1) Perubahan Kedua.
266 Berasal dari ayat 28B ayat (2) Perubahan Kedua.
267 Dari Pasal 28I ayat (2) Perubahan Kedua.
268 Dari Pasal 28E ayat (1) Perubahan Kedua.
269 Pasal 28E ayat (2) Perubahan Kedua.
270 Pasal 28E ayat (3) Perubahan Kedua.

menggunakan segala jenis saluran yang tersedia[271].

9. Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi[272].
10. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain[273].
11. Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan[274].
12. Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan[275].
13. Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat[276].
14. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapa pun[277].
15. Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia[278].
16. Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya[279].

271 Dari Pasal 28F Perubahan Kedua.
272 Ayat (5) ini berasal dari Pasal 28G ayat (1) Perubahan Kedua.
273 Dari Pasal 28G ayat (2) Perubahan Kedua.
274 Ayat (1) ini berasal dari Pasal 28H ayat (1) Perubahan Kedua.
275 Pasal 28H ayat (2) Perubahan Kedua.
276 Pasal 28H ayat (3) Perubahan Kedua.
277 Pasal 28H ayat (4) Perubahan Kedua.
278 Ayat (5) ini berasal dari Pasal 28C ayat (1) Perubahan Kedua
279 Dari Pasal 28C ayat (2) Perubahan Kedua.

17. Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum[280].
18. Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja[281].
19. Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan[282].
20. Negara, dalam keadaan apa pun, tidak dapat mengurangi hak setiap orang untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut[283].
21. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak masyarakat tradisional selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa[284].
22. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya[285].
23. Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah[286].
24. Untuk memajukan, menegakkan dan melindungi hak asasi manusia

280 Ayat (7) ini berasal dari Pasal 28D ayat (1) Perubahan Kedua.

281 Ayat (8) ini berasal dari Pasal 28D ayat (2) Perubahan Kedua.

282 Ayat ini berasal dari Pasal 28E ayat (4) Perubahan Kedua.

283 Berasal dari rumusan Pasal 28I ayat (1) Perubahan Kedua yang perumusannya mengundang kontroversi di kalangan banyak pihak. Di sini perumusannya dibalik dengan subjek negara.

284 Berasal dari Pasal 28I ayat (3) yang disesuaikan dengan sistematika perumusan keseluruhan pasal ini dengan subjek negara dalam hubungannya dengan warga negara.

285 Ini adalah ayat tambahan yang diambil dari usulan berkenaan dengan penyempurnaan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 sebagaimana tercantum dalam lampiran TAP No.IX/MPR/2000, yaitu alternatif 4 dengan menggabungkan perumusan alternatif 1 butir 'c' dan 'a'. Akan tetapi, khusus mengenai anak kalimat terakhir ayat ini, yaitu: "...serta melindungi penduduk dari penyebaran paham yang bertentangan dengan ajaran agama", sebaiknya dihapuskan saja, karena dapat mengurangi kebebasan orang untuk menganut paham yang meskipun mungkin sesat di mata sebagian orang, tetapi bisa juga tidak sesat menurut sebagian orang lain. Negara atau Pemerintah dianggap tidak selayaknya ikut campur mengatur dalam urusan perbedaan pendapat dalam paham-paham internal suatu agama. Biarlah urusan internal agama menjadi domain masyarakat sendiri (public domain). Sebab, perlindungan yang diberikan oleh negara kepada satu kelompok paham keagamaan dapat berarti pemberangusan hak asasi kelompok paham yang lain dari kebebasan yang seharusnya dijamin oleh UUD.

286 Ayat (6) ini berasal dari Pasal 28I ayat (4) Perubahan Kedua.

sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan[287].

25. Untuk menjamin pelaksanaan Pasal 4 ayat (5) tersebut di atas, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independen menurut ketentuan yang diatur dengan undang-undang[288].
26. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
27. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis[289].

Jika ke-27 ketentuan yang sudah diadopsikan ke dalam Undang-Undang Dasar diperluas dengan memasukkan elemen baru yang bersifat menyempurnakan rumusan yang ada, lalu dikelompokkan kembali sehingga mencakup ketentuan-ketentuan baru yang belum dimuat di dalamnya, maka rumusan hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar dapat mencakup lima kelompok materi sebagai berikut:[290]

1. Kelompok Hak-Hak Sipil[291] yang dapat dirumuskan menjadi:
   a. Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya.
   b. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, perlakuan

287 Dari ayat (5) Pasal 28I Perubahan Kedua dengan menambahkan perkataan "...memajukan..", sehingga menjadi "Untuk memajukan, menegakkan, dan melindungi...."

288 Komnas HAM memang telah dikukuhkan keberadaannya dengan undang-undang. Akan tetapi, agar lebih kuat, maka hal itu perlu dicantumkan tegas dalam UUD.

289 Berasal dari Pasal 28J Perubahan Kedua.

290 Jimly Asshiddiqie, Op. cit, hal. 9.

291 Terhadap hak-hak sipil tersebut, dalam keadaan apa pun atau bagaimanapun, negara tidak dapat mengurangi arti hak-hak yang ditentukan dalam Kelompok 1 "a" sampai dengan "h". Namun, ketentuan tersebut tentu tidak dimaksud dan tidak dapat diartikan atau digunakan sebagai dasar untuk membebaskan seseorang dari penuntutan atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang diakui menurut ketentuan hukum Internasional. Pembatasan dan penegasan ini penting untuk memastikan bahwa ketentuan tersebut tidak dimanfaatkan secara semena-mena oleh pihak-pihak yang berusaha membebaskan diri dari ancaman tuntutan. Justru di sinilah letak kontroversi yang timbul setelah ketentuan Pasal 28I Perubahan Kedua UUD 1945 disahkan beberapa waktu yang lalu.

atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat kemanusiaan.

c. Setiap orang berhak untuk bebas dari segala bentuk perbudakan.
d. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya.
e. Setiap orang berhak untuk bebas memiliki keyakinan, pikiran dan hati nurani.
f. Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum.
g. Setiap orang berhak atas perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan.
h. Setiap orang berhak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
i. Setiap orang berhak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
j. Setiap orang berhak akan status kewarganegaraan.
k. Setiap orang berhak untuk bebas bertempat tinggal di wilayah negaranya, meninggalkan dan kembali ke negaranya.
l. Setiap orang berhak memperoleh suaka politik.
m. Setiap orang berhak bebas dari segala bentuk perlakuan diskriminatif dan berhak mendapatkan perlindungan hukum dari perlakuan yang bersifat diskriminatif tersebut.

2. Kelompok Hak-Hak Politik, Ekonomi, Sosial dan Budaya
   a. Setiap warga negara berhak untuk berserikat, berkumpul dan menyatakan pendapatnya secara damai.
   b. Setiap warga negara berhak untuk memilih dan dipilih dalam rangka lembaga perwakilan rakyat.
   c. Setiap warga negara dapat diangkat untuk menduduki jabatan-jabatan publik.
   d. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pekerjaan yang sah dan layak bagi kemanusiaan.
   e. Setiap orang berhak untuk bekerja, mendapat imbalan, dan mendapat perlakuan yang layak dalam hubungan kerja yang berkeadilan.

f. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi.
g. Setiap warga negara berhak atas jaminan sosial yang dibutuhkan untuk hidup layak dan memungkinkan pengembangan dirinya sebagai manusia yang bermartabat.
h. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi.
i. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pendidikan dan pengajaran.
j. Setiap orang berhak mengembangkan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya untuk peningkatan kualitas hidup dan kesejahteraan umat manusia.
k. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak-hak masyarakat lokal selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa[292].
l. Negara mengakui setiap budaya sebagai bagian dari kebudayaan nasional.
m. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya[293].

3. Kelompok Hak-Hak Khusus dan Hak atas Pembangunan
   a. Setiap warga negara yang menyandang masalah sosial, termasuk kelompok masyarakat yang terasing dan yang hidup di lingkungan terpencil, berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan yang sama.

292 Berasal dari Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 yang disesuaikan dengan sistematika perumusan keseluruhan pasal ini dengan subjek negara dalam hubungannya dengan warga negara.

293 123 Ini adalah ayat tambahan yang diambil dari usulan berkenaan dengan penyempurnaan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 sebagaimana tercantum dalam lampiran TAP No.IX/MPR/2000, yaitu alternatif 4 dengan menggabungkan perumusan alternatif 1 butir 'c' dan 'a'. Akan tetapi, khusus mengenai anak kalimat terakhir ayat ini, yaitu: "... serta melindungi penduduk dari penyebaran paham yang bertentangan dengan ajaran agama", sebaiknya dihapuskan saja, karena dapat mengurangi kebebasan orang untuk menganut paham yang meskipun mungkin sesat di mata sebagian orang, tetapi bisa juga tidak sesat menurut sebagian orang lain. Negara atau Pemerintah dianggap tidak selayaknya ikut campur mengatur dalam urusan perbedaan pendapat dalam paham-paham internal suatu agama. Biarlah urusan internal agama menjadi domain masyarakat sendiri (public domain). Sebab, perlindungan yang diberikan oleh negara kepada satu kelompok paham keagamaan dapat berarti pemberangusan hak asasi kelompok paham yang lain dari kebebasan yang seharusnya dijamin oleh UUD.

b. Hak perempuan dijamin dan dilindungi untuk mencapai kesetaraan gender dalam kehidupan nasional.
c. Hak khusus yang melekat pada diri perempuan yang dikarenakan oleh fungsi reproduksinya dijamin dan dilindungi oleh hukum.
d. Setiap anak berhak atas kasih sayang, perhatian dan perlindungan orang tua, keluarga, masyarakat dan negara bagi pertumbuhan fisik dan mental serta perkembangan pribadinya.
e. Setiap warga negara berhak untuk berperan serta dalam pengelolaan dan turut menikmati manfaat yang diperoleh dari pengelolaan kekayaan alam.
f. Setiap orang berhak atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.
g. Kebijakan, perlakuan atau tindakan khusus yang bersifat sementara dan dituangkan dalam peraturan perundangan-undangan yang sah yang dimaksudkan untuk menyetarakan tingkat perkembangan kelompok tertentu yang pernah mengalami perlakuan diskriminasi dengan kelompok-kelompok lain dalam masyarakat, dan perlakuan khusus sebagaimana ditentukan dalam ayat (1) pasal ini, tidak termasuk dalam pengertian diskriminasi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (13).

4. Tanggung Jawab Negara dan Kewajiban Asasi Manusia
   a. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
   b. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan sesuai dengan nilai-nilai agama, moralitas dan kesusilaan, keamanan dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis.

c. Negara bertanggung jawab atas perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia.
d. Untuk menjamin pelaksanaan hak asasi manusia, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independen dan tidak memihak yang pembentukan, susunan dan kedudukannya diatur dengan undang-undang.

G. PEMILIHAN UMUM

Dalam konsteks pemiliham umum *an sich*, hampir semua sarjana politik sepakat bahwa pemilu merupakan kriteria penting untuk mengukur kadar demokrasi sebuah sistem politik. Misalnya, Robert A. Dahl, Gwendolen M. Carter, John H. Herz, Henry B. Mayo, Austin Ranney, dan Sudhaussen adalah beberapa diantaranya.[294]

Memperhatikan hal tersebut berarti pemilihan umum adalah merupakan *conditio sine quanon* bagi suatu negara demokrasi modern, artinya rakyat memilih seseorang untuk mewakilinya dalam rangka keikutsertaan rakyat dalam penyelenggaraan pemerintahan negara, sekaligus merupakan suatu rangkaian kegiatan politik untuk menampung kepentingan atau aspirasi masyarakat. Dalam konteks manusia sebagai individu warga negara, maka pemilihan umum berarti proses penyerahan sementara hak politiknya. Hak tersebut adalah hak berdaulat untuk turut serta menjalankan penyelenggaraan negara.[295]

Pelaksanaan kedaulatan rakyat tidak dapat dilepaskan dari pemilihan umum karena pemilihan umum merupakan konsekuensi logis dianutnya prinsip kedaulatan rakyat (demokrasi) dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Prinsip dasar kehidupan kenegaraan yang demokratis adalah setiap warga negara berhak ikut aktif dalam proses politik.[296]

Kegiatan pemilihan umum (*general election*) juga merupakan salah satu sarana penyaluran hak asasi warga negara yang sangat prinsipil. Oleh karena itu, dalam rangka pelaksanaan hak-hak asasi warga negara

294 Eep Saefulloh Fatah, Zaman Kesempatan: Agenda-agenda Besar Demokratisasi Pasca-Orde Baru, Bandung: Mizan, 2000, hal. 116. Penempatan istilah pemilu sebagai kriteria demokrasi modern yang pernah dikembangkan para sarjana ilmu politik, Lihat dalam definisi-definisi modern yang pernah dikembangkan para sarjana ilmu politik, dalam Eep Saefulloh Fatah, Masalah dan Prospek Demokrasi di Indonesia, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994, hal 5-13.

295 Miriam Budiarjo, Hak Asasi Manusia Dalam Dimensi Global, (Jakarta: Jurnal Ilmu Politik, No. 10, 1990), hal. 37.

296 Dahlan Thaib, Implementasi Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945, (Yogyakarta: Liberty, 1993), hal. 94.

adalah keharusan bagi pemerintah untuk menjamin terlaksananya penyelenggaraan pemilihan umum sesuai dengan jadwal ketatanegaraan yang telah ditentukan. Sesuai dengan prinsip kedaulatan rakyat di mana rakyatlah yang berdaulat, maka semua aspek penyelenggaran pemilihan umum itu sendiri pun harus juga dikembalikan kepada rakyat untuk menentukannya. Adalah pelanggaran terhadap hak-hak asasi apabila pemerintah menjamin terselenggaranya pemilihan umum, memperlambat penyelenggaraan pemilihan umum tanpa persetujuan para wakil rakyat, atau pun tidak terselenggara sebagaimana mestinya.[297]

Sebagaimana penjelasan di atas, menurut penulis bahwa pelaksanaan pemilihan umum niscaya dalam suatu negara demokrasi modern dan pemilihan umum sebagai legitimasi terhadap pemerintahan, baik eksekutif maupun legislatif. Namun, pelaksanaan pemilihan umum harus simetris dengan prinsip kedaulatan rakyat di bidang lainnya, yakni di bidang ekonomi yang bertujuan untuk menyejahterakan rakyat sebagai implikasi dan konsekuensi logis dari pelaksanaan pemilihan umum.[298]

1. Tujuan pemilihan umum

Dalam hal tujuan pemilu, menurut Jimly Ashiddiqie[299], bahwa penyelenggaran pemilihan umum memiliki tujuan sebagai berikut:

1. untuk memungkinkan terjadinya peralihan kepemimpinan pemerintahan secara tertib dan damai;
2. untuk memungkinkan terjadinya pergantian pejabat yang akan mewakili kepentingan rakyat di lembaga perwakilan;
3. untuk melaksanakan prinsip kedaulatan rakyat; dan
4. untuk melaksanakan prinsip-prinsip hak-hak asasi warga negara.

Sedangkan menurut Kusnardi dan Harmaily Ibrahim[300], bahwa tujuan pemilahan umum yakni sebagai berikut:

1. memungkinkan terjadinya peralihan pemerintahan secara aman dan tertib;

297 Jimly Ashiddiqie, Op.cit., hal 172.

298 Untuk kajian lebih mendalam perihal pemilihan umum apakah simetris dengan kesejahteraan dibidang ekonomi adalah sangat urgen untuk ditelusuri lebih jauh sejarah awal pemilu dan implikasinya terhadap kesejahteraan rakyat dibidang ekonomi yang telah terkonstitusionalisasi di dalam konstitusi atau terkonstitusionaloisasi sejak lahirnya UUD Tahun 1945.

299 Ibid. hal. 174.

300 Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, Op.cit., hal 330.

2. untuk melaksanakan kedaulatan rakyat; dan
3. dalam rangka melaksanakan hak-hak asasi warga negara.

Dari hal di atas, kita dapat menyimpulkan bahwa, dalam negara demokrasi modern kehadiran suatu pemilihan umum adalah suatu keniscayaan.[301]

2. Sistem pemilihan umum

Dalam konsteks sistem pemilu *an sich*, bahwa pada umumnya anggota partai politik duduk di lembaga perwakilan melalui pemilihan umum, Sehubungan dengan itu cara yang biasa dianut untuk mengisi keanggotaan lembaga perwakilan menurut G.Y. Wolhoff, yaitu melalui pengangkatan (penunjukkan) biasa disebut *sistem pemilihan organis* dan pemilihan umum biasa disebut *sistem pemilihan mekanis.*[302]

Adapun sistem pemilihan umum, lebih lanjut dapat diuraikan macam-macamnya sebagai berikut:

1. Sistem Pemilihan Organis

Dalam pandangan G.Y. Wolhoff, pada sistem organisme ini rakyat dipandang sebagai sejumlah individu-individu yang hidup bersama-sama dalam beraneka warna persekutuan hidup seperti genealogi (rumah tangga), teritorial (desa, kota, daerah), fungsional spesial (cabang, industri), lapisan-lapisan sosial (buruh, tani) dan lembaga sosial (universitas). Masyarakat dipandangnya sebagai suatu organisasi yang terdiri dari organ-organ yang mempunyai kedudukan dan fungsi tertentu dalam *totalitet* organisasi itu, yaitu persekutuan-persekutuan hidup inilah sebagai pengendali hak pilih, atau lebih tepat sebagai hak untuk mengutus wakil-wakil kepada perwakilan masyarakat (rakyat). Mungkin dalam persekutuan-persekutuan hidup ini ada pemilihan, mungkin juga tidak, tetapi itu tidak penting. Yang penting di sini persekutuan-persekutuan hidup ini mengirimkan wakil-wakilnya ke lembaga perwakilan sesuai dengan jumlah yang dibutuhkan atau yang disepakati dalam undang-undang negara tersebut.[303]

301 Sebagai bahan pendukung argumentasi di atas, mengenai pemilihan umum dalam islam, atau dalam istilah masdar Farid Mas'udi adalah Syara Pemiliham Umum. Lihat, Masdar Farid Mas'udi, Syarah UUD 1945 Perspektif Islam, Tanggerang Selatan: Pustaka Alvabet, 2013.

302 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Mengenal Teori-teori Politik- Dari Sistem Politik sampai Korupsi, (Cet.I; Bandung: Penerbit Nuansa, 2006), hal. 314.

303 Dari uraian ini, jelas kelihatan kedudukan lembaga perwakilan ini agak lemah, sehingga biasanya apabila

Dalam sistem pemilihan organis ini partai-partai/organisasi politik tidak perlu dikembangkan, karena pemilihan diselenggarakan dan dipimpin oleh setiap persekutuan hidup dalam lingkungan sendiri. Badan perwakilan menurut sistem organisme ini bersifat badan perwakilan kepentingan-kepentingan khusus persekutuan hidup yang biasa disebut dewan korporatif.[304]

2. Sistem Pemilihan Mekanis

Dalam pemilihan mekanis menurut Wolhoff, rakyat dipandang saagai massa individu-individu yang sama. Individu-individu inilah sebagai *pengendali hak pilih aktif* dalam masing-masing mengeluarkan satu suara dalam tiap pemilihan untuk satu lembaga perwakilan.

Sistem pemilihan mekanis biasanya dengan dua pemilihan umum, yaitu: 1) Sistem distrik; 2) Sistem proporsional.[305]

3. Distrik dan Sistem Distrik (*Single Member Constituency*)

Distrik adalah *wilayah geografis suatu negara yang batas-batasnya dihasilkan melalui suatu pembagian untuk tujuan pemilihan umum*. Dengan demikian, luas suatu distrik dapat sama besar dengan besar wilayah administrasi pemerintahan, dapat pula berbeda. Yang dimaksud besar distrik, adalah berapa banyak anggota badan perwakilan yang akan dipilih dalam satu distrik pemilihan. Besar distrik bukan berarti berapa jumlah pemilih yang ada dalam distrik tersebut. Berdasarkan definisi tersebut maka kita dapat membedakan distrik menjadi distrik beranggota tunggal (*distrik member distrik*) dan distrik beranggota jamak (*multi member distrik*).

Sistem Distrik disebut juga sebagai sistem pemilihan mayoritas atau *single member consstituency*. Sistem pemilihan distrik adalah suatu sistem pemilihan umum di mana wilayah suatu negara yang menyelenggarakan pemilihan untuk memilih wakil di parlemen, dibagi atas distrik-distrik pemilihan yang jumlahnya sama dengan kursi yang tersedia di parlemen (kursi yang diperebutkan dalam

lembaga ini hendak menetapkan undang-undang yang menyangkut hak-hak rakyat, undang-undang itu setelah disetujui lembaga perwakilan ini baru dapat berlaku bila disetujui oleh rakyat melalui referendum. Lihat Bintang, R.Saragih, Op.cit., hal.171-172

304 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Op.Cit., hal. 315

305 Ibid., hal. 316

pemilihan umum tersebut), dan tiap distrik memilih hanya satu wakil untuk duduk di parlemen dari sekian calon untuk distrik tersebut (karena itu sistem pemilihan ini sering disebut *single member constituency*, yaitu yang memperoleh suara terbanyak (mayoritas) dalam pemilihan bersangkutan. Sebagai contoh, untuk memilih seorang wakil dari distrik M yang akan duduk di lembaga perwakilan negara bersangkutan diajukan 5 (lima) orang calon yaitu A, B, C, D dan E. Biasanya tiap partai hanya mencalonkan/ mendukung seorang calon. Dalam pemilihan bersangkutan A mendapat 21 suara, B 20 suara, C 20 suara, D juga 20 suara dan E 19 suara. Maka menurut sistem pemilihan ini yang terpilih, menjadi wakil di parlemen adalah A, karena dia memperoleh suara terbanyak dalam pemilihan tersebut, yaitu 21 suara. Betapa pun kecilnya selisih suara yang diperolehnya dalam pemilihan tersebut dari calon lainnya tidak menjadi soal. Dan tidak ada perhitungan suara yang tersisa, semua suara B, C, D, dan E, dianggap hilang.[306]

4. Sistem Pemilihan Mayoritas-Pluralitas

Menurut Paimin Napitupulu, karena seseorang dapat terpilih hanya dengan 29% suara, sistem distrik mendapatkan reputasi yang buruk. Karena itu dicari jalan bagaimana menghilangkan kejelekan sistem distrik namun tanpa menghancurkan ciri-ciri utama sistem distrik. Kompromi yang ideal adalah bagaimana menciptakan suatu sistem pemilihan yang mudah dipahami oleh para pemberi suara, menghasilkan pemerintahan yang stabil dan kuat, dan setiap anggota parlemen mewakili suatu konstituensi sekaligus mendapatkan dukungan mayoritas dari konstituensinya.[307]

5. Pemilu dengan Sistem Representasi Proporsional

Sistem pemilihan ini disebut juga sebagai sistem pemilihan *multi member constituency* atau sistem perwakilan berimbang, dengan menggunakan distrik-distrik wakil majemuk, jumlah wakil yang terpilih untuk suatu distrik ditentukan oleh persentase suara sah yang diraih oleh partai atau kandidat peserta pemilu dalam distrik tersebut.[308]

306 Ibid., hal. 317-318
307 Ibid., hal. 322
308 http://www.ideaindo.or.id/download/publications/system_pemilu., pdf, "Sistem Pemilu," download Pukul

Sistem pemilihan proporsioanal[309] adalah sistem pemilihan umum di mana kursi yang tersedia di parlemen pusat untuk diperebutkan dalam suatu pemilihan umum, dibagikan kepada partai-partai/ golongan-golongan politik yang turut dalam pemilihan tersebut sesuai dengan imbangan suara yang diperolehnya dalam pemilihan yang bersangkutan.

Untuk kepentingan ini ditentukan suatu perimbangan misalnya 1 : 400.000 yang berarti sejumlah 400.000 pemilih mempunyai wakil di parlemen. Negara dianggap sebagai satu daerah pemilihan, dan setiap suara dihitung dalam arti bahwa suara yang diperoleh dalam satu daerah dapat ditambahkan dengan suara yang diperoleh dari daerah lainnya atau suara yang lebih dari suatu daerah dapat ditambahkan kepada suara yang diperoleh pada daerah pemilihan lainnya, sehingga besar kemungkinan setiap organisasi peserta pemilu memperoleh kursi/wakil di parlemen pusat.[310]

Karena luasnya wilayah suatu negara atau banyaknya jumlah penduduk yang turut dalam suatu pemilihan dewasa ini, dalam sistem proporsional sering dibentuk daerah pemilihan[311] (bukan distrik pemilihan) di mana wilayah negara dibagi atas daerah pemilihan. Tetapi sama dengan aslinya dengan memperhitungkan

13.45 WIB, Tgl 17 Februari 2014

309 Dalam literatur ilmu politik --khususnya tentang kepemiluan-- disebutkan bahwa dasar pemikiran yang mendasari munculnya sistem proporsional adalah untuk mengurangi kesenjangan antara perolehan suara partai secara nasional dengan perolehan kursi di parlemen. Lihat, Andrew Raynold dalam buku Sistem Pemilu,2009. ACE Project, kerja sama antara International IDEA, United Nation dan International Foundation for Election System. Hal. 99. Dengan kata lain, perolehan suara partai politik berbanding lurus dengan perolehan kursinya. Jean Blondel, sebagaimana dikutip Miriam Budiardjo, menyebut sistem ini sebagai multi-member constituency atau satu daerah pemilihan memilih beberapa wakil. Kebalikan dari sistem ini adalah sistem distrik atau single-member constituency yakni satu daerah pemilihan memilih satu wakil. Lihat, Miriam Budiardjo, 2010. Dasar-Dasar Ilmu Politik.Gramedia Pustaka Utama: Jakarta. Hal. 461-462. Selanjutnya, Setelah melewati perdebatan panjang, UU Pemilu 2012 akhirnya menetapkan sistem proporsional terbuka sebagai sistem dalam pemilihan anggota DPR dan DPRD dalam Pemilu 2014. Sedangkan, untuk memilih anggota DPD, menggunakan sistem distrik berwakil banyak. Demikian bunyi pengaturan sistem pemilu dalam Pasal 5 UU Pemilu 2012. Lihat, Undang-Undang No. 8 Tahun 2012 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah

310 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Op.Cit.,hal. 334

311 Daerah pemilihan tidak selalu sama dengan batas-batas provisi/kabupaten/kota/kecamatan. Agar dapat memahami tentang daerrah pemilihan, dapat dipahami pada pemilu DPR, DPRD Provinsi, DPRD Kabupaten/ kota 2004. Untuk pemilihan di tiap tingkatan DPR RI, adalah provinsi atau bagian-bagian provinsi. Daerah pemilihan untuk pemilu DPRD Kabupaten/kota adalah kecamatan atau gabungan kecamatan. Lihat Apa dan Bagaimana Pemilu 2004 Panduan Untuk Pemilih Kritis, Friendrich Naumann Stiftung bekerja sama dengan PAKARTI, CETRO (Center for Electoral Reform), YAPIKA, hal.10

wilayah, jumlah penduduk dan faktor-faktor politik lainnya, kursi yang tersedia di parlemen pusat yang akan diperebutkan dalam suatu daerah pemilihan umum harus lebih dahulu dibagikan ke daerah-daerah pemilihan umum, tetapi jumlah kursi yang diperebutkan ini tidak boleh satu untuk daerah pemilihan, harus lebih dari satu sesuai dengan namanya *multimember constituency*. Pemenang dari satu daerah pemilihan harus lebih dari satu orang. Misalnya, suatu negara yang menyelenggarakan pemilihan umum dengan sistem proporsional yang mempunyai 30 kursi di parlemen untuk diperebutkan dalam suatu pemilihan umum. Pertama dibagikan dulu 30 kursi tersebut kepada daerah-daerah pemilihan misalnya, 4 daerah pemilihan. Dengan pertimbangan-pertimbangan wilayah, jumlah penduduk dan sebagainya, maka ditentukan daerah pemilih A dibagikan 10 kursi, daerah pemilih B-7 kursi, daerah pemilih C-7 kursi dan daerah pemilih D-6 kursi. Kursi daerah pemilihan A yang jumlahnya 10 dibagikan kepada partai/organisasi politik peserta Pemilihan Umum sesuai dengan imbangan suara yang diperoleh partai/organisasi politik tersebut, dalam pemilihan yang bersangkutan. Dalam perhitunagn nanti yang menentukan jumlah kursi yang diperoleh masing-masing partai/organisasi peserta pemilu adalah Bilangan Pembagi Pemilih. Sisa suara yang mungkin ada di suatu daerah pemilihan tidak lagi dapat dipindahkan ke daerah pemilihan yang lain.[312]

6. Sistem Semi-Proporsional

Sistem semi proporsioanal merupakan sistem yang mengonversi suara menjadi kursi dengan hasil yang berada di antara proporsionalitas sistem Perwakilan Proporsional dengan mayoritas dari sistem mayoritas pluralitas. Dalam sistem ini, partai politik yang tidak mendapat dukungan suara yang terbanyak masih dapat memperoleh perwakilan. Namun sistem ini tidak dirancang untuk memberikan alokasi perwakilan sesuai dengan persentase suara yang diperoleh partai politik seperti sistem Representasi Proporsional. Tiga macam sistem pemilu dalam kelompok ini yang digunakan untuk pemilihan para anggota legislatif adalah

312 Toni Andrianus Pito, Efrisa, Kemal Fasyah, Op.Cit., hal. 334-335

Single Non-Transferable Vote (SNTV), sistem Paralel (campuran), dan *Limited Vote* (LV).[313]

7. Bentuk Campuran

Bentuk campuran adalah menggabungkan antara pemilu sistem distrik dalam distrik pemilihan langsung dengan pemilu sistem proporinal yang menggunakan daftar calon. Terlepas dari variasi-variasi yang ada, bagi para pendukungnya sistem campuran dianggap dapat menjadi resep untuk mengobati kelemahan-kelemahan yang terdapat dalam sistem distrik maupun proporsional. Dengan melaksanakan campuran, persoalan keseimbangan (disproporsionalitas) antara perolehan suara dengan perolehan kursi yang menjadi kelemahan utama dari sistem distrik dapat dikurangi. Pada saat yang sama, kurangnya tanggung jawab dari para anggota parlemen terhadap konstituensinya yang merupakan kelemahan utama dari sistem proporsional juga dapat ditutupi.

Meskipun demikian, bagi para pengritiknya, sistem campuran ini juga dianggap mengandung kelemahan, yaitu: *Tidak ada keharusan untuk melakukan pemilihan tambahan* (*by election*). Seperti kasus Jerman, politisi yang mengundurkan diri secara otomatis digantikan oleh calon yang telah ada dalam daftar nama berdasarkan nomor urut yang diajukan partai ketika pemilihan, tetapi calon yang terpilih melalui mekanisme distrik dengan yang terpilih melalui mekanisme distrik dengan yang terpilih melalui mekanisme proporsional. Tidak ada ketentuan yang melarang bahwa seorang calon yang mengikuti mekanisme distrik tidak lagi dapat mencalonkan diri melalui mekanisme proporsional. Karena itu, ada kecemasan juga bahwa sistem campuran ini bukan menutupi, tetapi hanya menggabungkan kelemahan-kelemahan yang ada baik itu dalam sistem distrik maupun yang ada dalam sistem proporsional.[314]

Sebagaimana sistem pemilihan umum yang telah dijelaskan di atas, yakni sistem pemilihan umum yang berkaitan dengan

313 Lihat, http://www.cetro.or.id/mpr/sistempemilu.pdf, download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014, http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf, "Sistem Pemilu," download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014.

314 Paimin Napitupulu, Peran dan Pertanggungjawaban DPR Kajian di DPRD Provinsi DKI Jakarta, Bandung: PT Alumni, 2005. hal. 96

sistem pemilihan umum dalam konteks sistem pemilihan umum anggota DPR, DPRD, dan DPD atau dengan kata lain sistem pemilu untuk pemilihan umum legislatif *an sich*. Oleh karena itu, menurut penulis, bahwa sangat urgen dan *urge* untuk menjelaskan sistem pemilihan presiden secara untuk mengantarkan pembaca mengenal sistem pemilihan presiden secara langsung dan sekaligus memperkaya khazanah pengetahuan mengenai sistem pemilihan umum. Adapun elemen Penting Sistem Pemilu Presiden Secara Langsung menurut Leo Agustino, dalam kerangka sistem pemilihan presiden secara langsung terkandung makna substansi penting di antaranya adalah:

1) Penciptaan ekuilibrium (keseimbangan) legitimasi sekaligus *check and balances* antara lembaga legislatif dan lembaga eksekutif.
2) Pertanggungjawaban presiden terpilih secara langsung kepada konstituen pemilihannya (*direct responsible to the people*) yang diharapkan mampu menciptakan kondisi yang diperlukan untuk pemerintahan yang *legitimate*.
3) Penyelenggaraan pemerintahan yang stabil karena kontrol dan legitimasi.[315]

Adapun bentuk-bentuk sistem pemilihan presiden secara langsung yang secara umum kita mengenal dua istilah yang sering dipakai oleh negara-negara pemeluk pemilihan presiden secara langsung. Yakni:

1) *Electoral collage* adalah suatu cara pemilihan kandidat presiden dengan mekanisme suara terbanyak pada tingkat perwakilan berdasar provinsi atau wilayah yang kemudian di bawah ke tingkat nasional untuk digabungkan.
2) *Direct popular vote* adalah pemilihan presiden berdasar pada suara terbanyak dari pemilih pada tingkat nasional.

Secara pokok *electoral collage* dan *direct popular vote* merupakan sistem utama dalam pemilihan presiden secara langsung. Dan, dari kedua istilah tersebut kini telah dikembangkan setidaknya berbagai macam mengenai sistem pemilihan presiden secara langsung yakni:

315 Leo Agustino, Op.cit., hal. 249

1) *Sistem distribusi teritorial*. Sistem ini disebut juga dengan distribusi *requiments systems*. Sistem ini tidak saja mengakomodasikan syarat jumlah penduduk tetapi juga syarat penyebaran penduduk. Maksudnya, model ini sangat bermanfaat manakala tingkat kemajemukan etnis relatif tinggi sehingga diperkirakan sistem ini memberikan legitimasi yang lebih menyeluruh bagi setiap kandidat. Salah satu cara untuk menjamin dukungan lintas kelompok sacara luas pada kalangan pemilih adalah dengan mengharuskan pada kandidat untuk tidak hanya memenangkan mayoritas prulal suara yang ada tetapi juga secara geografis harus memperoleh paling tidak sepertiga dari suara pada sedikit-dikitnya dua pertiga dari provinsi yang ada.

2) *Alternative vote*. Dalam sistem ini, masyarakat (pemilih) diminta untuk menomori kandidat ditunjuknya berdasarkan preferensi yang mereka ketahui, baik dari segi popularitas, kualitas, akseptabilitas, akuntabilitas, dan lain sebagainya. Kandidat yang akan terpilih maju ke tingkat nasional adalah kandidat yang mampu menunjukkan bahwa mayoritas absolut (50 persen + 1) masyarakat didistriknya atau daerahnya atau provinsinya dapat menerimanya. Baru setelah itu ia berangkat berjuang di tingkat nasional untuk menduduki kursi kepresidenan melalui berbagai cara, salah satu melalui debat antarkandidat. Setelah berjuang di tingkat nasional, ada berbagai jalan yang dapat dilaksanakan untuk memilih presiden yang ada ; diantaranya:
   - Dilakukan pemilihan presiden secara langsung sekali lagi oleh rakyat pemilih, dan pemenang suara terbanyak di tingkat nasional tersebut kemudian diangkat menjadi presiden.
   - Kandidat presiden yang ada di tingkat nasional dipilih oleh anggota parlemen.

3) *Sistem Dua Babak* (*Two Round System--TRS*). Sistem dua babak merupakan pengembangan dari sistem pemilihan *direct popular vote*. Sistem ini hampir mirip dengan *alternative vote*, di mana para kandidat presiden harus

menunjukkan kualitasnya dengan indikator tingkat penerimaan dirinya di atas separuh suara rakyat pemilih. Kalau pada ronde pertama tidak ada dukungan yang seperti diharapkan (minimal 50 persen suara), maka dua calon yang memiliki suara terbanyak dalam ronde pertama didaulat untuk memasuki babak selanjutnya. Jumlah suara minimun yang harus diperoleh para kandidat pada pemilihan pertama agar dapat ikut dalam pemilihan tahap kedua bervariasi di beberapa negara. Misalnya, di Nikaragua 40%, di Kosta Rika 45% dengan keharusan perbedaan sebanyak 10% di atas kandidat lain. Dan dalam babak kedua inilah biasanya calon presiden terpilih mendapatkan suara mayoritas absolut. Dalam sistem ini dilakukan melalui dua cara, yaitu:

- Memilih di antara dua kandidat teratas (*majority run-off*)
- Memilih lebih dari dua kandidat (*majority-plurality*)

4) *Sistem prefential voting*. Sistem ini pada dasarnya merupakan penyederhanaan dari apa yang dilakukan pada sistem dua babak (TRS), di mana dua putaran yang seharusnya dimainkan dalam *two round system* pada sistem ini hanya dilaksanakan satu kali putaran. Penyederhanaan sistem ini dimaksudkan untuk mengeliminasi kekurangan mendasar dalam sistem dua babak, yaitu dengan menggabungkan pemilihan putaran pertama dengan putaran kedua pada satu waktu pemilihan, di samping juga mereduksi biaya-biaya yang tidak perlu.

Menurut mekanisme pemilihan presiden langsung dengan sistem ini, para pemilih diminta untuk memberikan suara tidak hanya pada satu kandidat, akan tetapi (jika mereka bersedia) dapat juga memilih sampai kurang lebih tiga kandidat sekaligus —dengan mendasarkan preferensinya masing-masing —dengan cara memberikan nomor urut pada kandidat yang mereka jagokan. Nomor urut pertama tentunya yang paling dijagokan, dan nomor urut berikutnya (2 dan 3) dijagokan sesuai metode pengurutan nomor interval. Dan, jika salah satu dari kandidat memperoleh

mayoritas suara —tidak perlu absolut pada saat pemilihan umum, maka kandidat yang bersangkutan dengan segera berangkat menjadi presiden. Tetapi apabila tidak ada seorang kandidat memperoleh mayoritas absolut, maka semua kandidat kecuali dua kandidat teratas- ditiadakan, dan kemudian pilihan kedua dan ketiga mereka akan diserahkan pada salah satu atau kedua kandidat yang memimpin, sesuai dengan urutan daftar pilihannya. Kandidat yang memperoleh suara terbanyak akan dinyatakan terpilih pada saat akhir dari proses ini.

1) *First Past the Post* (FPTP). Sebuah sistem pemilihan yang paling sederhana di antara semua varian yang telah dipaparkan di atas. Dalam sistem ini, masyarakat dipersilahkan untuk menunjuk kandidatnya masing-masing, dan kandidat yang memperoleh suara terbanyak-juga tidak perlu mayoritas absolut (atau pun persentasenya)-otomatis diangkat menjadi wakil terpilih. Hal ini sama dengan pemilihan umum model distrik karena memang diadopsi dari sistem tersebut.
2) *Sistem Nigeria*. Di Negeria, seorang kandidat presiden dinyatakan sebagai pemenang apabila kandidat tersebut dapat meraih suara mayoritas sederhana (mayoritas absolut atau 50 % + 1) dan minimun 25 % dari sedikitnya 2/3 dari 36 negara bagian di Negeria (termasuk ibu kota Negeria). Sistem ini diterapkan untuk menjamin bahwa Presiden terpilih memperoleh dukungan dari mayoritas penduduk yang tersebar di 36 negara bagian tersebut. Presiden Obsanjo memenangkan pemilu tahun 1999 dengan sistem ini dan memperoleh 63% suara dari keseluruhan pemilih.
3) *Double Simultaneous Vote* (DSV), di mana calon yang menang adalah calon yang mendapat suara paling banyak dalam partai yang paling banyak dipilih. Fraksi-fraksi (sublemas) akan mengajukan calon presiden yang berbeda, dan Undang-Undang Pemilu yang berlaku menciptakan sebuah pemilihan dari dalam partai untuk presiden secara langsung yang dilaksanakan bersamaan waktunya dengan pemilihan umum. Pemilu yang demikian juga menjamin

representasi proporsional baik untuk lema maupun sublema di Kongres. Selama puluhan tahun Undang-Undang Pemilu memperkuat keseimbangan yang menarik antara pemerintahan yang didukung oleh sebuah sistem dua partai dan fleksibilitas yang didukung oleh ukuran fraksi yang berbeda-beda dalam partai tersebut dan pergantian yang terjadi di dalamnya.[316]

3. Penyelenggara Pemilu

Ketentuan mengenai Pemilu dan Penyelenggara Pemilu diatur dalam Pasal 22E UUD NRI Tahun 1945, yang berbunyi sebagai berikut: (1) pemilihan umum dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan

316 Dalam distribusi teritorial dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu:(1) Sistem Distribusi Satu babak, kandidat calon presiden harus memenagkan suara di provinsinya atau di distriknya masing-masing dengan perolehan suara terbanyak. Hanya satu kandidat yang diambil(the first past the post) dengan suara di tingkat provinsi dan distrik lain, bila suara salah satu kandidat mencakup lebih atau sama dengan 30-35 persen dari jumlah provinsi atau distrik yang telah disiapkan, maka secara langsung si kandidat diangkat menjadi presiden. Apabila ternyata dari beberapa kandidat yang memenagkan perolehan suara di tingkat provinsi atau distrik ternyata tidak memenuhi persyaratan mengenai jumlah suara di tingkat nasional sebesar 30-35 persen suara, maka sistem dua babak dijadikan alternatif kedua. (2) Sistem distribusi teritorial dua babak, ada dua varian alternatif yang bisa dijabarkan dari sistem distribusi teritorial dua babak ini: (i)Pemilihan Presiden melalui "tangan" parlemen, maksudnya kandidat calon presiden diberikan kesempatan untuk mempersentasikan program-program kerjanya di depan anggota parlemen terpilih, setelah itu anggota parlemenlah yang diberikan kewenangan untuk memilih calon Presiden bagi periode mendatang. Pemilihan presiden tersebut harus memenangkan suara secara mayoritas mutlak (50%+1 suara) bila kuota tersebut tidak terpenuhi maka dilakukan sistem kompetisi hingga di dapat suara mayoritas mutlak. (ii)Pemilihan melalui pemilihan umum ulang dengan nama-nama kandidat yang telah ditetapkan berdasarkan perolehan suara sebelumnya. Uruguay merupakan sebuah kasus yang bagus yang dapat dijadikan sebagai contoh dalam penggunaan sistem (DSV) tersebut. Meskipun demikian, pada akhir tahun 1960, dominasi sistem dua partai tersebut mulai menurun karena ada lema ketiga, Broad Front, yang berhasil memenangkan persentase yang semakin besar, sebuah kecenderungan yang terus berlangsung sesudah kembalinya demokrasi pada tahun 1984. Salah satu efek negatif dalam perubahan sistem partai politik adalah bahwa dalam dua kesempatan yang terjadi calon presiden yang mendapatkan paling banyak suara tidak memenangkan kursi kepresidenan dikarenakan ia bukan merupakan calon dari partai yang dipilih paling banyak. Menanggapi banyaknya pertanyaan tentang legitimasi hasil-hasil pemilu, kongres mengubah sistem pemilu pada tahun 1966 yang melarang partai-partai politik untuk mengajukan lebih dari satu calon presiden dan melaksanakan pemilihan presiden secara langsung, kalau perlu dengan pemilihan presiden tahap kedua (majority run-off). Diolah dari berbagai sumber. Lihat, Leo Agustino, ""Pemilihan Presiden Secara Langsung untuk Indonesia", dalam Analisis CSIS, Di Ambang Krisis Konstitusi?, Jakarta, Tahun 2002 No.2, hal.251-253, http://www.cetro.or.id/pustaka/pp14.html, "Sistem Pemilu," download Pkl. 17.45 WIB, Tgl 18 Februari 2014, http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf, "Sistem Pemilu," download Pkl 17.55 WIB, Tgl 18 Februari 2014, dan lihat Triwahyuningsih, Pemilihan Presiden Langsung Dalam Kerangka Negara Demokrasi Indonesia, Tiara Wacana Yogya, Yogyakarta, 2001, hal 132-133, Satyo Arinanto, "Pemilihan Presiden Secara Langsung: Beberapa Catatan," dalam Analisis CSIS, Isu-isu Strategis Internasional dan Domestik, Jakarta, Tahun 1997 No.2, hal.158.

adil setiap lima tahun sekali. (2) pemilihan umum diselenggarakan untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Presiden dan Wakil Presiden, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah. (3) peserta pemilihan umum untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah adalah partai politik. (4) peserta pemilihan umum untuk memilih anggota Dewan Perwakilan Daerah adalah perseorangan. (5) pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. (6) ketentuan lebih lanjut tentang pemilihan umum diatur dengan undang-undang.

Berkenaan dengan pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri, bahwa awal mula konsepsi tentang penyelenggara pemilu yakni Komisi Pemilihan Umum (KPU).[317] Komisi Pemilihan Umum (KPU) tidak dapat disejajarkan kedudukannya dengan lembaga-lembaga (tinggi) negara lain yang kewenangannya ditentukan dan diberikan oleh UUD 1945. Bahkan, nama Komisi Pemilihan Umum itu sendiri tidak ditentukan oleh UUD 1945 melainkan oleh undang-undang tentang Pemilu. Kedudukan KPU sebagai lembaga negara dapat dianggap sejajar dengan lembaga-lembaga lain yang dibentuk oleh atau dengan undang-undang.[318]

Akan tetapi, karena keberadaan lembaga penyelenggara pemilihan umum disebut tegas dalam Pasal 22E UUD 1945, kedudukannya sebagai penyelenggara pemilu yang bersifat nasional, tetap dan mandiri, mau tidak mau menjadi penting artinya, dan keberadaannya dijamin dan dilindungi secara konstitusional dalam UUD 1945. Inilah salah satu contoh lembaga negara yang dikatakan penting secara konstitusional atau lembaga negara yang memiliki apa yang disebut sebagai *constitutional importance*, terlepas dari apakah ia diatur eskplisit atau tidak dalam UUD.[319]

Komisi Pemilihan Umum adalah nama yang diberikan oleh Undang-Undang tentang Pemilu untuk lembaga penyelenggara Pemilu. Dalam Pasal 22E UUD 1945 sendiri, nama lembaga penyelenggara Pemilu tidak diharuskan bernama Komisi Pemilihan Umum. Itu sebabnya dalam rumusan Pasal 22E UUD 1945 itu, perkataan Komisi Pemilihan Umum

317 Lihat Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 Tentang Penyelenggara Pemilu dan telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu.

318 Jimly Asshiddiqie, Op.cit., hal. 200-201.

319 Ibid.

ditulis huruf kecil. Artinya, komisi pemilihan umum yang disebut dalam Pasal 22E itu bukan nama, melainkan perkataan umum untuk menyebut lembaga penyelenggara pemilu itu. Dengan demikian, sebenarnya, Undang-Undang dapat saja memberi nama lembaga penyelenggara pemilu itu dengan sebutan lain.[320]

Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi melalui penafsirannya menyatakan bahwa untuk fungsi penyelenggaraan pemilihan umum tidak hanya dilaksanakan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU), akan tetapi termasuk juga lembaga pengawas pemilihan umum dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagai satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Pengertian ini lebih memenuhi ketentuan UUD 1945 yang mengamanatkan adanya penyelenggara pemilihan umum yang bersifat mandiri untuk dapat terlaksananya pemilihan umum yang memenuhi prinsip-prinsip luber dan jurdil. Penyelenggaraan pemilihan umum tanpa pengawasan oleh lembaga independen, akan mengancam prinsip-prinsip luber dan jurdil dalam pelaksanaan Pemilu. Oleh karena itu, menurut Mahkamah, Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu) sebagaimana diatur dalam Bab IV Pasal 70 sampai dengan Pasal 109 Undang-Undang 22/2007, harus diartikan sebagai lembaga penyelenggara Pemilu yang bertugas melakukan pengawasan pelaksanaan pemilihan umum, sehingga fungsi penyelenggaraan Pemilu dilakukan oleh unsur penyelenggara, dalam hal ini Komisi Pemilihan Umum (KPU), dan unsur pengawas Pemilu, dalam hal ini Badan Pengawas Pemilihan Umum (Bawaslu). Bahkan, Dewan Kehormatan yang mengawasi perilaku penyelenggara Pemilu pun harus diartikan sebagai lembaga yang merupakan satu kesatuan fungsi penyelenggaraan pemilihan umum. Dengan demikian, jaminan kemandirian penyelenggara pemilu menjadi nyata dan jelas.[321]

Konsekuensi logis dari hal tersebut menurut penulis, bahwa determinan mengenai predestinasi Calon Presiden dan Wakil Presiden,

320 Ibid.

321 Lihat Penafsiran atau Pertimbangan Hukum Mahkamah Konstitusi dalam PUTUSAN Nomor 11/PUU-VIII/2010 tentang pengujian Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dan PUTUSAN Nomor 81/PUU-IX/2011 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pengujian Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 tentang Penyelenggara Pemilihan Umum terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Calon Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, Calon Gubernur dan Wakil Gubernur, dan Calon Bupati dan Wakil Bupati adalah penyelenggara pemilu.

4. Penyelesaian Perselisihan Hasil Pemilihan Umum

Salah satu syarat pokok demokrasi adalah adanya sistem pemilihan umum (pemilu) yang jujur dan adil (*free and fair elections*). Pemilu jujur dan adil dapat dicapai apabila tersedia perangkat hukum yang mengatur proses pelaksanaan pemilu; sekaligus melindungi para penyelenggara, kandidat, pemilih, pemantau, dan warga negara pada umumnya dari ketakutan, intimidasi, kekerasan, penyuapan, penipuan, dan berbagai praktik curang lainnya yang akan mempengaruhi hasil pemilu.

Seusai dengan dinamika politik yang melingkupinya, peraturan perundang-undangan pemilu di Indonesia mulai dari Pemilu 1955, pemilu-pemilu Orde Baru, Pemilu 1999, hingga Pemilu 2004, serta Pilkada 2005+ mengalami perubahan yang kian kompleks dalam mengatur berbagai macam kegiatan pemilu. Demikian juga dalam hal melindungi berbagai pihak yang terlibat dalam pemilu dari ketakutan, intimidasi, kekerasan, penyuapan, penipuan, dan berbagai praktik curang lainnya, peraturan perundang-undangan pemilu kian rinci mengaturnya.

Meskipun demikian, setiap kali pemilu dilaksanakan selalu saja muncul isu tentang lemahnya penegakan hukum pemilu. Isu ini berangkat dari kenyataan betapa banyak pelanggaran administrasi dan tindak pidana pemilu yang tidak ditangani sampai tuntas. Selain itu, peraturan perundangan-undangan yang ada juga belum mengatur tentang keberatan atas keputusan penyelenggara pemilu.

Memang Mahkamah Konstitusi punya kewenangan untuk menyelesaikan perselisihan hasil pemilu (yang ditetapkan penyelenggara pemilu, dalam hal ini KPU), tetapi bagaimana dengan keberatan atas masalah lain (di luar hasil pemilu) yang juga diputuskan oleh penyelenggara pemilu? Banyaknya kasus pelanggaran administrasi pemilu dan tindak pidana pemilu, serta banyaknya kasus keberatan atas keputusan penyelenggara pemilu; di satu sisi, mendorong munculnya protes-protes yang bisa berujung kekerasan, di sisi lain, juga mengurangi legitimasi hasil pemilu. Untuk mengatasi masalah-masalah penegakan hukum pemilu tersebut, materi peraturan perundang-undangan pemilu

harus dilengkapi, diperjelas, dan dipertegas. Yang tak kalah penting adalah memperkuat lembaga-lembaga penegak hukum pemilu agar mampu bekerja secara efektif.[322]

Berbagai fakta hukum yang terungkap dalam proses ajudikasi, dan berbagai terobosan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam memutus perselisihan hasil pemilu menjadi pertanda bahwa proses demokratisasi di Indonesia terus berkembang, dan dengan adanya lembaga yang bertugas menyelesaikan perselisihan hasil pemilu masyarakat semakin dituntut untuk lebih cerdas dalam berdemokrasi, dan menyikapi perselisihan pemilu. Meningkatnya kesadaran berdemokrasi akan meningkatkan pula jumlah sengketa/perselisihan hasil pemilu yang diajukan kepada lembaga adjudikasi pemilu. Integritas hasil pemilu bukan hanya dilihat dari tahapan-tahapan yang dilakukan penyelenggara pemilu, tetapi juga dari penyelesaian sengketanya pada lembaga ajudikasi pemilu, baik mekanisme maupun prosesnya. Faktor keberhasilan atau pencapaian kualitas yang terdapat dalam sebuah pemilu ditentukan dengan adanya mekanisme peradilan yang baik dan benar terhadap hasil pemilu. Mekanisme tersebut juga harus menjadi pemutus dalam setiap perbedaan pendapat tentang hasil pemilu agar tidak terjadi berbagai konflik politik-sosial secara horizontal di tengah warga yang dapat meletup misalnya dalam bentuk aksi unjuk rasa yang anarkis.[323]

Sejarah politik Indonesia kontemporer mencatat, setiap kali pemilihan umum (pemilu) dilaksanakan, selalu saja muncul protes-protes yang meragukan proses maupun hasil pemilu. Hal ini tidak hanya terjadi pada pemilu-pemilu pada masa Orde Baru, tetapi juga Pemilu 1999 serta Pemilu Legislatif 2004 dan Pemilu Presiden 2004. Bahkan Pemilu 1955 yang dikenal sebagai pemilu paling bersih pun tak sepi dari protes. Pelaksanaan pemilihan langsung kepala daerah (pilkada) sepanjang 2005 semakin menambah panjang daftar protes ketidakpuasan terhadap pemilu. Munculnya protes-protes ketidakpuasan terhadap proses maupun hasil pemilu itu, di satu sisi, disebabkan banyaknya pelanggaran terhadap peraturan pemilu yang tidak diselesaikan secara tuntas; di sisi lain, disebabkan perasaan diperlakukan tidak adil oleh penyelenggara pemilu.

322 Aswanto dalam Topo Santoso, et. al., Op.cit., hal. v.

323 Achmad Sodiki dalam Chad Vickery, ed., Pedoman Untuk Memahami, Menamgani, dan Menyelesaikan Sengketa Pemilu, diterjemahkan oleh Ay San Harjono (Washington: IFES, 2006), hal. ii.

Pada Pemilu 1955, Panitia Pemilihan Indonesia dituduh partai partai oposisi sengaja mengulur-ulur pembentukan panitia pelaksana pemilu di daerah dalam rangka memasukkan orang-orang yang bisa menguntungkan partai-partai pemerintah. Dengan kata lain, partai partai oposisi menuduh panitia pelaksana pemilu di daerah hasil bentukan Panitia Pemilihan Indonesia tidak independen. Selama Orde Baru, pemilu didesain untuk memenangkan partai pemerintah sehingga pelanggaran-pelanggaran terhadap peraturan sangat marak. Sejak Pemilu 1982 dibentuk Panwaslak Pemilu, namun fungsi sesungguhnya adalah untuk meredam ketidakpuasan atas terjadinya pelanggaran, bukan untuk menyelesaikan pelanggaran itu sendiri. Sementara hasil Pemilu 1999 nyaris tidak bisa disahkan karena sebagian besar anggota Komisi Pemilihan Umum (KPU) yang berasal dari partai politik menolak menandatangani hasil penghitungan suara nasional. Alasannya, dalam pelaksanaan pemilu terjadi banyak sekali pelanggaran sehingga hasilnya tidak bisa disahkan. Alasan serupa juga dilakukan sejumlah partai dalam menyikapi hasil Pemilu Legislatif 2004. Bahkan mereka menuntut dilakukannya pemilu ulang meski undang-undang tidak mengaturnya.

Sementara sepanjang Pemilu Presiden 2004, Abdurrahman Wahid (beserta massa pendukungnya) terus melancarkan protes setelah namanya tidak dimasukkan oleh KPU dalam daftar calon presiden. Terakhir, pelaksanaan Pilkada 2005 banyak diwarnai protes dan bahkan rusuh. Di berbagai daerah, massa pendukung pasangan calon yang kalah melancarkan aksi-aksi anarkis karena merasa dicurangi oleh peserta lain maupun oleh penyelenggara. Protes-protes ketidakpuasan atas proses dan hasil pemilu yang dilatari oleh banyaknya pelanggaran yang tidak bisa diselesaikan, serta perasaan telah diperlakukan tidak adil oleh penyelenggara tersebut, menunjukkan adanya masalah penegakan hukum dalam setiap penyelenggaraan pemilu.[324]

Apabila tidak segera di atasi, di satu sisi, hal itu akan terus menimbulkan protes dari pihak-pihak yang merasa dilanggar hak konstitusionalnya, dicurangi, atau diperlakukan tidak adil; di sisi lain, protes-protes yang muncul pada akhirnya bisa mendelegitimasi hasil pemilu. Dalam usaha mewujudkan pemilu yang jujur dan adil dan juga dalam rangka menghindari terjadinya delegitimasi pemilu di masa

324 Santoso, Op.cit., hal. 3-5.

depan, masalah-masalah penegakan hukum pemilu itu harus diselesaikan secara komprehensif. Langkah pertama yang perlu dilakukan adalah mengidentifikasi sebab-sebab munculnya masalah penegakan hukum; selanjutnya dicarikan solusi komprehensif untuk mengatasi masalah tersebut sehingga akhirnya terwujud suatu sistem penegakan hukum pemilu yang mampu menjamin penyelenggaraan pemilu yang jujur dan adil.

Standar pemilu demokratis internasional menyatakan bahwa pemilu jujur dan adil (*free and fair elections*) dapat dicapai apabila tersedia perangkat hukum yang mengatur semua proses pelaksanaan pemilu; sekaligus mampu melindungi para penyelenggara, peserta, kandidat, pemilih, pemantau, dan warga negara pada umumnya dari ketakutan, intimidasi, kekerasan, penyuapan, penipuan, dan berbagai praktik curang lainnya yang akan mempengaruhi hasil pemilu. Oleh karena itu, pemilu yang jujur dan adil membutuhkan peraturan perundangan pemilu beserta aparat yang bertugas menegakkan peraturan perundangan pemilu tersebut.

5. Perselisihan Hasil Pemilu

Yang dimaksud dengan perselisihan hasil pemilu menurut pasal 258 Undang-Undang Pemilu adalah perselisihan antara KPU dan peserta pemilu mengenai penetapan jumlah perolehan suara hasil pemilu secara nasional. Perselisihan tentang hasil suara sebagaimana dimaksud hanya terhadap perbedaan penghitungan perolehan hasil suara yang dapat memengaruhi perolehan kursi peserta pemilu. Sesuai dengan amanat Konstitusi yang dijabarkan dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, maka perselisihan mengenai hasil perolehan suara diselesaikan melalui peradilan konstitusi di MK. Satu jenis pelanggaran yang menurut Undang-Undang No. 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu yang menjadi kewenangan Panwaslu Kabupaten/ Kota untuk menyelesaikannya adalah pelanggaran pemilu yang bersifat sengketa. Sengketa adalah perbenturan dua kepentingan, kepentingan dan kewajiban hukum, atau antara kewajiban hukum dengan kewajiban hukum (konflik) yang dalam konteks pemilu dapat terjadi antara peserta dengan penyelenggara maupun antara peserta dengan peserta. Pada

pemilu 2004, tata cara penyelesaian terhadap jenis pelanggaran ini diatur dalam satu pasal tersendiri (pasal 129 Undang-Undang 12/2003).[325]

Menurut laporan Panwaslu Pusat, setidaknya terdapat 4.290 kasus pelanggaran dalam Pemilu 1999, mulai dari pelanggaran administratif, pelanggaran tata cara, pelanggaran pidana, *money politics*, dan netralitas birokrasi/pejabat pemerintah. Namun, jika diperhatikan laporan pemantau dan pemberitaan media massa; kasus-kasus kecurangan, penyimpangan, dan pelanggaran yang terjadi pada Pemilu 1999 jauh lebih banyak daripada yang dilaporkan oleh Panwas Pemilu.

Laporan Panwaslu Pusat untuk Pemilu 1999 sendiri memperlihatkan, lembaga tersebut hanya mampu menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran yang bersifat administratif dan pelanggaran yang menyangkut tata cara penyelenggaraan pemilu; sedangkan kasus-kasus yang bersifat pidana pemilu, termasuk di dalamnya *money politics*, tidak bisa ditangani dengan baik. Dari 270 kasus yang dilimpahkan ke polisi, hanya 26 yang diproses sampai di pengadilan. Sampai Panwaslu 1999 dibubarkan, tidak ada satu pun kasus *money politics* yang diproses sampai pengadilan, meskipun waktu itu indikasi *money politics* sangat kuat dan menjadi perbincangan publik.

Panwas Pemilu 1999 mengategorikan jenis-jenis penyimpangan peraturan Pemilu berdasarkan institusi yang menyelesaikannya. Pertama, peraturan administratif dan tata cara pelaksanaan pemilu ditegakkan oleh Panwas Pemilu sesuai dengan tingkatannya. Kedua, ketentuan pidana pemilu yang dilanggar oleh perorangan atau badan hukum bukan partai politik ditegakkan oleh polisi. Ketiga, ketentuan pidana pemilu yang dilanggar oleh partai politik ditegakkan oleh Mahkamah Agung. Keempat, ketentuan tentang netralitas PNS ditegakkan oleh pemerintah. Pasal 26 Undang-Undang No. 3/1999 menyebutkan bahwa salah satu tugas Panwas Pemilu 1999 adalah menyelesaikan sengketa. Akan tetapi dalam laporannya, Panwas Pemilu 1999 tidak menyebutkan adanya kasus-kasus sengketa pemilu. Apakah ini berarti tidak ada kasus sengketa dalam pelaksanaan Pemilu 1999?

Jika diteliti satu per satu kasus yang ditangani oleh Panwas Pemilu 1999, sebetulnya memang tidak ada kasus sengketa pemilu. Apa yang disebut dengan kasus sengketa ketika itu sesungguhnya merupakan

325 Maria Maya Lestari, Penyelesaian Sengketa Pemilu Legislatif Berdasarkan Jenis Pelanggarannya, dalam Jurnal Konstitusi Universitas Riau Vol 2, No 01, 2008.

pelanggaran administrasi atau pelanggaran tata cara. Sebagai contoh, pada masa kampanye Pemilu 1999 banyak sekali kasus rebutan lokasi kampanye di kalangan peserta pemilu –yang oleh banyak pihak disebut sebagai sengketa pemilu. Namun setelah diteliti, sesungguhnya kejadian itu merupakan pelanggaran administrasi atau tata cara karena panitia pemilihan sudah menetapkan alokasi penggunaan lokasi kampanye. Keributan terjadi karena ada konstestan yang tidak mengetahui alokasi penggunaan lokasi kampanye yang telah ditetapkan oleh panitia pemilihan atau ada konstentan tertentu yang sengaja mengabaikannya. Oleh karena itu, Panwas Pemilu 1999 menyebutkannya sebagai pelanggaran administrasi atau tata cara pemilu, tidak menyebutnya sebagai kasus sengketa dalam pelaksanaan pemilu. Yang menjadi masalah besar dari Undang-Undang No. 3/1999 adalah tidak adanya ketentuan yang mengatur mekanisme keberatan peserta pemilu atas hasil pemilu yang diumumkan oleh penyelenggara pemilu atau KPU. Undang-undang ini mengandaikan bahwa hasil pemilu yang ditetapkan oleh KPU sudah benar sehingga tidak bisa diganggu gugat oleh siapa pun. Ketentuan demikian menunjukkan bahwa Undang-Undang No. 3/1999 masih terpengaruh oleh undang-undang pemilu Orde Baru yang menempatkan LPU sebagai lembaga penentu segalanya, keputusannya tidak bisa dikoreksi oleh mereka yang merasa diperlakuka dan tidak adil atas keputusan tersebut. Undang-Undang No. 3/1999 juga tidak mengatur mekanisme bagaimana seandainya penyelenggara pemilu tidak berhasil membuat keputusan tentang hasil pemilu. Ketentuan ini penting, mengingat saat itu anggota KPU adalah wakil-wakil partai dan pemerintah yang sangat mungkin membajak hasil pemilu karena kalah bersaing memperebutkan suara atau karena pertimbangan lain. Inilah yang menyebabkannyaris gagalnya Pemilu 1999 karena sebagian besar anggota KPU dari partai politik tidak tersedia menandatangani hasil penghitungan suara secara nasional, dengan alasan telah terjadi banyak pelanggaran dan kecurangan dalam pelaksanaan pemilu.

Proses pencalonan, kampanye, pemungutan dan penghitungan suara sesungguhnya telah berlangsung damai, tertib, lancar, dan demokratis. Memang benar banyak pelanggaran dalam Pemilu 1999, namun pelanggaran yang terjadi masih dalam batas toleransi sehingga tidak berpengaruh terhadap hasil penghitungan suara nasional. Meskipun

demikian, tidak tuntasnya penyelesaian pelanggaran akhirnya memberikan peluang kepada banyak pihak untuk terus mempersoalkan hasil pemilu. Peluang inilah yang mestinya harus ditutup sehingga ketika hasil akhir diumumkan, semua pihak bisa menerima dengan lapang dada karena pelanggaran-pelanggaran telah diselesaikan dan keberatan-keberatan telah dijawab. Perubahan Ketiga UUD 1945 yang disahkan pada SUMPR November 2001 memuat dua ketentuan penting yang terkait pemilu. Pertama, konstitusi menetapkan bahwa pemilu diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri. Itu artinya KPU adalah lembaga yang mandiri dan diisi oleh unsur-unsur independen. Kedua, konstitusi mengamanatkan pembentukan badan peradilan baru yang bernama Mahkamah Konstitusi, yang salah satu tugasnya adalah memutus perselisihan tentang hasil pemilu. Kedua ketentuan tersebut melandasi penyusunan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (Undang-Undang No.12/2003) dan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Undang-Undang No. 23/2003). Kedua undang-undang tersebut menyebut masalah-masalah pemilu meliputi pelanggaran pidana, pelanggaran administrasi, sengketa yang timbul dalam penyelenggaraan pemilu, dan perselisihan tentang hasil pemilu. Undang-Undang No. 12/2003 dan Undang-Undang No. 23/2003 memuat sejumlah pasal ketentuan pidana pemilu sehingga pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan itu disebut sebagai pelanggaran pidana pemilu. Namun, kedua undang-undang itu tidak mendefinisikan dan tidak memerinci apa yang disebut sebagai pelanggaran administrasi dan sengketa pemilu. Sedangkan pengertian tentang perselisihan hasil pemilu telah diatur secara rinci lewat Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Undang-Undang No. 24/2003). Penjelasan lebih lanjut tentang apa itu pelanggaran administrasi pemilu dan sengketa dalam penyelenggaraan pemilu kemudian dibuat oleh Panwas Pemilu sebagai lembaga yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk menangani pelanggaran dan menyelesaikan sengketa pemilu. Jika pelanggaran pidana pemilu adalah pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan pidana pemilu sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 12/2003 dan Undang-Undang No.

23/2003, Panwas Pemilu mendefinisikan pelanggaran administrasi adalah pelanggaran terhadap ketentuan persyaratan yang diatur dalam undang-undang dan ketentuan lain yang dibuat oleh penyelenggara pemilu. Pengertian ini sebetulnya hanya menegaskan bahwa pelanggaran di luar pelanggaran pidana adalah pelanggaran administrasi.[326]

Mengenai kepatuhan terhadap aturan dan penegakan hukum, terdapat sejumlah persyaratan yang menjadi dasar bagi pembangunan sistem penegakan hukum pemilu yang baik. Persyaratan itu adalah:

(1) Adanya mekanisme dan penyelesaian hukum yang efektif;
(2) Adanya aturan mengenai hukuman untuk pelanggaran pemilu;
(3) Adanya ketentuan terperinci dan memadai untuk melindungi hak pilih;
(4) Adanya hak bagi pemilih, kandidat, dan parpol untuk mengadu kepada lembaga penyelenggara pemilu atau lembaga pengadilan;
(5) Adanya keputusan untuk mencegah hilangnya hak pilih dari lembaga penyelenggara pemilu atau lembaga pengadilan;
(6) Adanya hak untuk banding;
(7) Adanya keputusan yang sesegera mungkin;
(8) Adanya aturan mengenai waktu yang dibutuhkan untuk memutuskan gugatan;
(9) Adanya kejelasan mengenai implikasi bagi pelanggaran aturan pemilu terhadap hasil pemilu,
(10) Adanya proses prosedur, dan penuntutan yang menghargai hak asasi manusia.

Di negara-negara lain, penyelesaian sengketa pemilu melalui pengadilan telah berlangsung cukup lama. Sebagai contoh di Inggris. Berkaitan dengan mekanisme keberatan pemilu, undang-undang yang diterapkan di Inggris memberikan panduan penting. Menurut *Part III of the Representative of the People Act* 1983, validitas pemilu parlemen dapat digugat oleh kandidat yang kalah dengan mengajukan petisi pemilu. Petisi ini untuk keperluan investigasi yang kemudian memvalidasi pemilu untuk anggota dewan apakah terdapat bentuk kecurangan atau alasan apa pun. Pengadilan pemilu terdiri atas dua hakim dari *the Queen's Bench Division*. Berdasarkan perkembangan sejarah, sengketa pemilu diselesaikan oleh *the House of Common* karena terkait permasalahan dan keistimewaannya

326 Santoso. Op.cit.,. hal. 45-51.

karena masalah ini berhubungan dengan keanggotaan. Penanganan bentuk masalah pemilu telah berjalan sebelum 1868.

Pada awalnya di Eropa dan benua Amerika, fungsi penyelesaian sengketa pemilu merupakan domain dari organ legislatif, melalui "*the electoral colleges*," kemudian terjadi reorientasi setelah melihat bahwa hal ini mestinya lebih tepat menjadi fungsi yudisial. Di beberapa negara, dikenal beberapa jenis lembaga penyelesai sengketa pemilu. Misalnya, di Amerika Latin, terdapat Pengadilan Pemilu (*Electoral Court/Corte Electoral*) seperti di Uruguay dan Tribunal Pemilu (*Tribunal for Qualifying Elections/Tribunal Calificador de Elecciones*) di Chile yang sudah didirikan sejak 1924 dan 1925. Di Eropa, fungsi ditangani oleh dua hakim dari "*the King's* (*Queen's*) *Bench Division of the High Court of Justice*". Di Austria, berdasarkan Konstitusi Weimar 1919, kewenangan menyelesaikan sengketa pemilu menjadi milik Mahkamah Konstitusi (*the Constitutional Court of Justice*). Di Perancis, kewenangan itu terletak di Dewan Konstitusi (the Constitutional Council) pada 1958. Di Spanyol, kewenangan itu terletak di Mahkamah Konstitusi yang hadir sejak 1978. Di Meksiko, terdapat Tribunal Pemilu (*the Electoral Tribunal of the Judicial Branch of the Federation*) yang sudah hadir sejak 1996.

Sementara, sebagai perbandingan di negara-negara kawasan Asia Tenggara, di Malaysia ada Pengadilan Pemilu (*Election Court*) yang memiliki kekuasaan untuk menyelesaikan gugatan hasil pemilu. Pengadilan Pemilu ini dibentuk di setiap *High Court* (di mana di Malaysia ada dua *High Court*) sehingga peserta pemilu di negara tersebut bisa mengajukan gugatan hasil pemilu jika merasa keputusan penyelenggara tidak benar. Namun hakim ini (seperti halnya di negara-negara lain) sama sekali tidak mengurusi pelanggaran pidana pemilu yang secara umum sudah ditangani oleh pengadilan biasa. Di Singapura, sengketa pemilu diselesaikan oleh *Election Judge* (Hakim Pemilu). Di Thailand konstitusi memberikan wewenang kepada Komisi Pemilu Thailand untuk mengusut kasus-kasus yang berhubungan dengan pemilu. Jika bentuk pelanggaran itu ditemukan, komisi dapat membatalkan sebuah pemilu. Komisi juga dapat menarik kembali hak para calon untuk ikut dalam pemilu. Hak para calon akan segera ditarik dan orang itu akan dituntut di bawah hukum acara pidana. Di Filipina ada kasus sengketa pemilu yang ditangani oleh Comelec, Pengadilan, dan ada yang ditangani oleh Tribunal Pemilu.

Sementara praktik di Afrika Selatan, untuk menjaga pemilu yang jujur dan adil, dibentuk pengadilan pemilu hanya untuk memeriksa banding. Pengadilan ini berwenang meninjau semua keputusan penyelenggara pemilu yang berkaitan dengan masalah-masalah pemilu. Tinjauan tersebut dilakukan dengan urgensi tinggi dan diputuskan sesingkat mungkin. Pengadilan ini dapat memeriksa semua tuduhan tindakan pelanggaran, ketidakmampuan atau ketidakcakapan anggota komisi, dan membuat rekomendasi kepada Majelis Nasional yang berwenang menunjuk anggota komisi. Sementara di Amerika Serikat, pelaksanaan undang-undang pemilu membedakan antara pelanggaran keuangan dan bentuk kesalahan lainnya.

Setiap kesalahan ditangani secara administratif oleh Komisi Pemilihan Federal, sedangkan pelanggaran yang bermotif pidana diusut oleh Departemen Kehakiman. Sekalipun demikian, patut diingat bahwa tidak ada metode tunggal yang bias cocok diterapkan di semua negara. Model mana yang akan dipilih tergantung pada tingkatan konsolidasi yang dapat diraih dalam proses demokratis. Pilihan suatu negara atas model penyelesaian sengketa pemilu, bukan berarti tanpa batasan, karena pilihan itu mesti konsisten dengan standar yang berlaku secara internasional.[327]

H. PEMBAHARUAN HUKUM TATA NEGARA

Salah satu substansi penting dari perubahan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disingkat UUD 1945) adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara baru yang berdiri sendiri dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2003.[328]

Mahkamah Konstitusi sebagai pengadilan Konstitusi berdiri atas dasar asumsi adanya supremasi konstitusi yang menjadi hukum tertinggi yang melandasi kegiatan negara serta sebagai parameter untuk mencegah negara bertindak secara tidak konstitusional.

327 Sidik Pramono, et.al. Penanganan Sengketa Pemilu. (Jakarta: Kemitraan bagi Pembaruan Tata Pemerintahan, 2011).

328

Mahkamah Konstitusi memiliki peran strategis dalam membangun demokrasi dan sistem ketatanegaraan di Indonesia. Oleh karena itu, dalam rangka penyempurnaan reformasi konstitusional di Indonesia, keberadaan Mahkamah Konstitusi menjadi penting adanya sebagai salah satu pilar dari proses demokratisasi yang integral dan progresif.

Kelahiran Mahkamah Konstitusi tidak saja membuktikan bahwa Indonesia menganut kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka akan tetapi sekaligus merupakan penegasan terhadap prinsip negara hukum yang demokratis. Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan fungsinya sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*) sesuai dengan ketentuan UUD 1945, memiliki empat kewenangan mengadili dan satu kewajiban, yaitu (1) melakukan pengujian atas konstitusionalitas Undang-Undang; (2) mengambil putusan atau sengketa kewenangan antarlembaga negara yang ditentukan menurut Undang-Undang Dasar; (3) memutuskan perkara berkenaan dengan pembubaran partai politik; (4) memutuskan perkara perselisihan mengenai hasil-hasil pemilihan umum. (5) mengambil putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum atau pun mengalami perubahan sehingga secara hukum tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden menjadi terbukti dan karena itu dapat dijadikan alasan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat untuk memberhentikan Presiden dan/atau Wakil Presiden dari jabatannya.

Mengenai kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana yang dijelaskan di atas, yang menjadi pertanyaan adalah, apakah betul mahkamah konstitusi sebagai pengawal konstitusi (*the guardian of the constitution*)? Menurut penulis, sangat *debatable* dan bahkan dapat dikatan bahwa Mahkamah Konstitusi belum dapat digelarkan sebagai *the guardian of the constitution*. Argumentasinya, bahwa beberapa sarana hukum yang belum terinstitusionalisasikan di Mahkamah Konstitusi. Misalnya, sarana hukum *Constitutional Complaint*[329] (pengaduan konstitusional) dan

329 Penulis dengan tegas membedakan antara proses constitutional review dengan proses constitutional complaint. Penulismendefinisikan constitutional complaint sebagai permohonan yang diajukan oleh warga negara atau pemohon lainnya yang diberikan kepadanya kedudukan hukum oleh undang-undang dasar untuk mengajukan permohonan atas dilanggarnya hak-hak konstitusionalnya, baik dilanggar oleh undang-undang maupun oleh peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, atau pun tindakan aparatus pemerintahan serta dapat pula disebabkan oleh suatu putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dan dianggap bertentangan dengan konstitusi. Salah satu Mahkamah Konstitusi yang pertama kali menerapkan dan mengembangkan wewenang constitutional complaintadalah Mahkamah Konstitusi Federal

Constitutional Question[330]. Padahal beberapa kasus yang pernah terjadi di Indonesia sangat *urge* sarana hukum tersebut terinstitusionalisasikan di Mahakmah Konstitusi. Misalnya, pengujian Undang-Undang dengan alasan kerugian konstitusional yang diderita oleh pemohon karena sudah diadili dan bahkan dihukum berdasarkan ketentuan yang diragukan konstitusionalitasnya. Perkara pengujian KUHP yaitu Perkara Nomor 013-022/PUUIV/2006 yang diajukan oleh Eggi Sudjana dan Pandopatan Lubis, Perkara Nomor 6/PUU-V/2007 yang diajukan oleh Panji Utomo, Perkara Nomor 7/PUU-VII/2009 yang diajukan oleh Rizal Ramly. Perkara Nomor 14/PUU-VI/2008 yang diajukan oleh Risang Bima Wijaya dan Bersihar Lubis. Semua pemohon dalam perkara-perkara tersebut telah diadili dan divonis bahkan telah menjalani hukuman sebelum mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi.

Contoh lain yang berkaitan dengan *Constitutional Question*, Misalnya, Kasus apin dan Vitalis Andi[331], dua warga masyarakat Adat

Jerman (Bundesverfassungsgerichts). Lihat, Pan M. Faiz, Menabur Benih Constitutional complaint, http://www.the celi.com. diakses pada 20 Februari 2014. Selain itu, Di sistem hukum eropa kontinental memperlakukan pengaduan konstitusional sebagai pengecualian dan sebagai instrumen hukum khusus. Ini sebagai alat, bahwa warga negara dapat menggunakan pengaduan konstitusional (constitutional compalint) setelah menggunakan semua sarana hukum untuk melindungi hak mereka. Sebagai contoh misalnya, di jerman dan kroasia pengaduan konstitusional sebagai prosedural khusus untuk memproteksi hak dan kemerdekaan yang dapat digunakan setelah semua prosedur hukum yang tersedia untuk warga negara sudah ditempuh. Professor Smilko Sokol, Ph.D., Professor Branko Smerdel Ph.D., "Constitutional Law", Informator, Zagreb, 1998, (p. 118-119). Lihat pula, Tanja Karakamisheva, Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study – Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia), Makalah. Hal. 3-4.http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf. di akses 5 Februari 2014. Untuk lebih detail Pembahasan Constitutional Complain dan Constitutional Question di berbagai Negara, Lihat juga Jimly Ashiddiqie dan Ahmad Syahrizal, Peradilan Konstitusi di 10 Negara, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.

330 Istilah constitutional question mengandung dua pengertian, umum dan khusus.Dalam pengertian yang umum, constitutional question adalah istilah yang merujukpada setiap persoalan yang berkaitan dengan konstitusi (dan yang lazimnyamerupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memutusnya). Sedangkan dalam arti khusus, constitutional question adalah merujuk pada suatu mekanisme pengujian konstitusionalitas undang-undang di mana seorang hakim (dari regular courts) yang sedang mengadili suatu perkara menilai atau ragu-ragu akan konstitusionalitas undang-undang yang berlaku untuk perkara itu, maka ia mengajukan "pertanyaan konstitusional" ke Mahkamah Konstitusi (mengenai konstitusional-tidaknya undang-undang itu). Mahkamah Konstitusi hanya memutus persoalan konstitusionalitas undang-undang itu, jadi bukan memutus kasus itu sendiri, namun selama Mahkamah Konstitusi belum menyatakan putusannya, pemeriksaan terhadap kasus tersebut dihentikan. Lihat, Victor F erreres Comella,"Is the European Model of Constitutional Review in Crisis",paper presented for the 12th Annual Conference on 'the Individual Vs. the State', Central European University, Budapest, June 18-19, 2004, hal. 4.

331 Pemantauan Persidangan Kriminalisasi Petani: Japin-Andi, Melawan Hukuman Yang Inkonstitusional. http://www.elsam.or.id/article.php. Diakses pada 23 februari 2014.

Dayak Kendawangan pada pada tahun 2010 dipidana hukuman 1 tahun penjara karena dianggap melakukan gangguan usaha perkebunan, yakni PT. Bangun Nusa Mandiri. Keduanya kini mengajukan upaya hukum luar biasa berupa Peninjauan Kembali atas putusan Kasasinya. Sejak Pengadilan tingkat pertama di PN Ketapang, sampai tingkat Kasasi, keduanya diputus bersalah melakukan perbuatan mengganggu jalannya usaha perkebunan sebagaimana diatur Pasal 47 dan Pasal 21 Undang-Undang No. 18 tahun 2004 tentang Perkebunan. Sementara itu, pada September 2011, Mahkamah Konstitusi (MK) melalui putusannya nomor 55/PUU-VIII/2010 membatalkan Pasal 21 dan Pasal 47 UU Perkebunan. Selanjutnya, Japin dan Vitalis Andi, didampingi Tim Pengacara Masyarakat Adat pada 24 Oktober 2013 mengajukan Peninjauan Kembali atas Putusan Kasasi Nomor: 2292 K/Pid.Sus/2011 melalui Pengadilan Negeri Ketapang.

Tim Pengacara Masyarakat Adat yang menjadi Kuasa Hukum Japin-Andi mengajukan Putusan MK Nomor 55/PUU-VIII/2010 sebagai bukti baru (Novum), sebagaimana dipersyaratkan Pasal 263 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP. Selain mengajukan bukti tertulis.

Berdasarkan dari contoh kasus apin dan Vitalis Andi menurut penulis, sekiranya *Constitutional Question* telah terinstitusionalisasikan di Mahkamah Konstitusi, dapat diprediksi bahwa putusan apin dan Vitalis Andi yakni putusan bebas. Argumentasinya, bahwa Pasal yang digunakan jaksa penuntut umum untuk mendakwa dan menuntut apin dan Vitalis Andi, inkonstitusional.

Oleh karena itu, menurut penulis bahwa sangat urgennya pembaharuan hukum tata negara melalui perubahan konstitusi[332] atau amandemen ke 5 (lima) UUD NRI Tahun 1945 sebagai *the supreme law of the land*.

332 Teori perubahan konstitusi, lihat teori K.C Where pada pembahasan konsepsi konstitusi dan konstitusionalisme.

BAB 12

HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

A. KONSEPSI NEGARA HUKUM

Cita negara hukum secara primordial mengemuka dalam abad XVII di Inggris dan merupakan *background* Revolusi 1688. Hal ini merupakan reaksi terhadap atmosfir despotisme di masa lampau.[333] Sedangkan, gagasan cita negara hukum, secara historis diintrodusir oleh Plato (429-347 SM) yang dielaborasi oleh Aristoteles.[334]

Pemikiran tentang negara telah pula diletakkan dasar-dasarnya oleh seorang pemikir islam yang terkenal dan diakui otoritasnya oleh para sarjana barat yaitu Ibnu Khaldun. Ibnu Khaldun telah menentukan suatu tipologi negara dengan menggunakan tolak ukur kekuasaan. Pada dasarnya ia menggambarkan dua keadaan manusia, yaitu dalam keadaan alamiah dan keadaan yang berperadaban.[335] Dalam keadaan terakhir inilah manusia mengenal negara hukum. Selanjutnya, Ibnu Khaldun berpendapat, bahwa dalam *mulk siyasi* ada dua macam bentuk negara hukum, yaitu: (1) *siyasah diniyahdan* (2) *siyasah aqliyah*.[336] Ciri pokok yang membedakan kedua macam nomokrasi itu ialah pelaksanaan hukum islam (syariah) alam kehidupan negara dan hukum sebagai hasil

333 Adnan Jamal, Konfigurasi Politik dan Hukum Institusionalisasi Judial Review di Indonesia, Pustaka Refleksi: Makassar, 2009. hal. 21.

334 Von Schmid, Grote Dankers Over Staat en Recht. Diterjemahkan oleh R. Wiratno, et.al., dengan judul Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum, Pembangunan: Jakarta, 1988, hal. 10-23. Menurut Aristoteles bahwa sebuah konstitusi adalah pengelolaan posisi jabatan di suatu negara dan menentukan apa yang menjadi badan pemerintahannya dan yang menjadi tujuan dari setiap kelompok masyarakat.Untuk lebih rinci tentang gagasan Aristoteles, lihat, Aristoteles, La Politica, diterjemahkan kedalam bahasa inggris oleh Benjamin Jowett dan diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, Politik, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008, hal. 171.

335 S. Ahmed Waqar Husaini, Islamic Enviromental System Engineering, diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin, Sistem Pembinaan Masyarakat Islam, Bandung: Pustaka Salman ITB, 1983.

336 Muhammad Tahir Azhary menterjemahkan istilah siyasah diniyah dengan nomokrasi islam. Sedangkan, siyasah aqliyah diterjemahkan dengan nomokrasi sekuler. Lihat, Muhammad Tahir Azhary, Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini, Jakarta: Prenada Media, 2004, hal. 85.

pemikiran manusia. Dalam nomokrasi islam, baik syariah maupun hukum yang didasakan pada rasio manusia, kedua-duanya berfungsi dan berperan dalam negara. Sebaliknya, dalam nomokrasi sekuler manusia hanya menggunakan hukum semata-mata sebagai hasil pemikiran mereka.[337]

Di zaman modern, konsep Negara Hukum di Eropah Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu "*rechtsstaat*'. Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep Negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan "*The Rule of Law*". Menurut Julius Stahl, konsep Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah '*rechtsstaat*' itu mencakup empat elemen penting, yaitu:

1. Perlindungan hak asasi manusia.
2. Pembagian kekuasaan.
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang.
4. Peradilan tata usaha negara.

Konsepsi negara hukum di atas seperti yang dikemukakan Stahl dan Dicey, menurut penulis sangat dipengaruhi pemikiran negara hukum pada abad 19. Dalam kaitannya konsepsi negara hukum modern atau konsepsi negara hukum kontemporer sangat urgen direduksi ke dalam konsep negara hukum yakni lembaga peradilan yang independen serta peradilan konstitusi sebagai perwujudan cita supremasi konstitusi (*supremacy of constitution*).

B. PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

1. Pengertian Hukum Administrasi Negara

Menurut Utrecht, hukum administrasi negara (hukum pemerintahan) berfungsi menguji hubungan hukum istimewa yang diadakan untuk memungkinkan para pejabat (*ambtsdragers*) administrasi negara melakukan tugas mereka yang khusus. Selanjutnya dikemukakan bahwa hukum administrasi negara adalah hukum yang mengatur sebagian lapangan pekerjaan administrasi negara. Bagian lain lapangan pekerjaan administrasi negara diatur oleh hukum tata negara, hukum privat, dan

337 Ibid.

sebagainya. Jadi pengertian Hukum Administrasi Negara dan pengertian hukum yang mengatur pekerjaan administrasi negara tidak identik. Dengan menggunakan teori **Trias Politica** dari Montesquieu, Utrecht merumuskan bahwa yang dimaksud dengan administrasi negara adalah: "gabungan jabatan-jabatan (*complex van ambten*) – "*apparaat*" (alat) administrasi – yang di bawah pemerintah melakukan sebagian pekerjaan pemerintah (tugas pemerintah, *overheidstaak*) – fungsi administrasi – yang tidak ditugaskan kepada badanbadan pengadilan, badan legislatif.[338] Selanjutnya menurut Utrecht tehtang Hukum Administrasi Negara menyangkut dengan hal-hal yang (pusat) dan badan-badan pemerintah dari persekutuan hukum yang lebih rendah daripada negara, yaitu badan-badan pemerintahan dari persekutuan hukum daerah swatantra tingkat I, II, dan III, dan daerah istimewa yang masing-masing diberi kekuasaan memerintah sendiri daerahnya. Sedangkan dalam perincian lapangan pekerjaan administrasi negara oleh Utrecht diperlukan peninjauan sejarah perkembangan hukum administrasi, yang di antaranya dimulai dari kekuasaan raja yang sangat mutlak, teori pemisahan kekuasaan (*trias politica*), hingga pada teori pembagian kekuasaan.

Pradjudi Atmosudirdjo[339]mendefinisikan Hukum Administrasi Negara sebagai hukum mengenai administrasi negara dan hukum hasil ciptaan administrasi negara. Administrasi negara dalam definisi tersebut mempunyai arti yang luas, yaitu kombinasi antara: (a) tata pemerintahan, (b) tata usaha negara, (c) administrasi atau pengurusan rumah tangga negara, (d) pembangunan, dan (e) pengendalian lingkungan. Selanjutnya, menurut Pradjudi ada tiga arti administrasi negara, yaitu:

(1) sebagai aparatur negara, aparatur pemerintah, atau sebagai institusi politik (kenegaraan),
(2) sebagai fungsi atau sebagai aktivitas melayani pemerintah, yakni sebagai kegiatan "pemerintah operasional", dan
(3) sebagai proses teknik penyelenggaraan undang-undang.

Prajudi juga menguraikan pengertian Hukum Administrasi Negara dalam arti luas, yaitu terdiri atas:

(1) hukum tata pemerintahan,
(2) hukum tata usaha negara,

338 Utrecht. 1962. Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia. Jakarta: Ichtiar. hal: 7-8.
339 Pradjudi Atmosudirdjo, Hukum Administrasi Negara. Jakarta: Ghalia Indonesia. 1988, hal: 42.

(3) hukum administrasi negara dalam arti sempit, yakni hukum tata pengurusan rumah tangga.

Dari berbagai definisi dan deskripsi tersebut, P. De Haan cs[340] mengemukakan tiga fungsi hukum administrasi negara, yaitu fungsi normatif, fungsi instrumental, dan fungsi jaminan. Deskripsi hukum administrasi negara tersebut menggambarkan hukum administrasi negara yang meliputi: (a) mengatur sarana bagi penguasa untuk mengatur dan mengendalikan masyarakat, (b) mengatur cara-cara partisipasi warga negara dalam proses pengaturan dan pengendalian, (c) perlindungan hukum, (d) menetapkan norma-norma fundamental bagi penguasa untuk pemerintahan yang baik.

2. Ruang Lingkup hukum Administrasi Negara

Oppenheim mengemukakan perbedaan terhadap tinjauan negara, bahwa hukum tata negara menyoroti negara dalam keadaan diam (*staat in trust*). Sedangkan hukum administrasi negara menyoroti negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Sementara itu C. Van Vollenhoven menjabarkan bahwa hukum tata negara merupakan keseluruhan aturan yang membentuk dan menentukan kewenangan alat-alat perlengkapan negara. Sementara hukum administrasi adalah keseluruhan aturan yang mengikat alat-alat perlengkapan negara setelah alat-alat perlengkapan negara akan menggunakan kewenangan-kewenangan kenegaraan.[341]

C. KEDUDUKAN DAN KEWENANGAN ADMINISTRASI NEGARA

Pemerintah atau administrasi negara adalah sebagai subjek hukum, atau sebagai pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Sebagai subjek hukum, pemerintah sebagaimana objek hukum lainnya melakukan berbagai tindakan baik tindakan nyata maupun tindakan hukum.

Pemerintah di samping melaksanakan kegiatan dalam bidang hukum publik, juga sering terlibat dalam larangan keperdataan. Dalam

340 Bahder Johan Nasution, Pemahaman Konseptual tentang Hukum Administrasi Negara dalm Konteks Ilmu hukum, Jurnal Demokrasi Vol. VI No. 1 Th. 2007. Hal. 18.

341 Kuntjoro Purbopranoto, 1985. Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara. Bandung: Alumni. Hal. 16.

pergaulan hukum, pemerintah sering terampil dengan *two petten*, dengan dua kepala, sebagai wakil dari jabatan (*ambt*) yang tunduk pada hukum publik dan wakil dari badan hukum (*rechtspersoon*) yang tunduk pada hukum privat.

Dalam perspektif hukum publik, negara adalah organisasi jabatan. Menurut Logemann[342] mengatakan "dalam bentuk kenyataan sosialnya, negara adalah organisasi yang berkenaan dengan berbagai fungsi". Yang dimaksud dengan fungsi adalah lingkungan kerja yang terperinci dalam hubungan secara keseluruhan. Fungsi-fungsi ini dinamakan jabatan. Negara adalah organisasi jabatan. Jabatan adalah suatu lembaga dengan lingkup pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang.

Badan hukum publik menurut Ali[343] mempunyai tiga kriteria yaitu: Pertama, dilihat dari pendirinya, badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yang didirikan oleh penguasa dengan undang-undang atau peraturan-peraturan lainnya; Kedua, lingkungan kerjanya yaitu melaksanakan perbuatan-perbuatan publik. Ketiga, badan hukum itu diberi wewenang publik seperti membuat keputusan, ketetapan dan peraturan yang mengikat umum.[344]

D. MACAM-MACAM PERBUATAN HUKUM PEMERINTAH

Pemerintah atau administrasi negara adalah subjek hukum yang mewakili dua institusi yaitu jabatan pemerintahan dan badan hukum pemerintahan, karena mewakili dua institusi, maka dikenal ada dua macam tindakan hukum. Tindakan dalam Lapangan Hukum Publik Pemerintah seperti halnya perorangan, sebagai subjek hukum dapat pula melakukan tindakan-tindakan dalam lapangan hukum publik melalui alat-alat perlengkapannya. Dalam hal ini pemerintah atau pun alat perlengkapannya melakukan peran sebagai subjek hukum publik yang menjalankan kekuasaan hukum publik sesuai dengan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang untuk menilai tindakan dalam hukum

342 Ridwan, HR, Hukum Administrasi Negara. Yogyakarta: UII Press,, 2002., Hal. 52.

343 Chidir Ali, Badan Hukum. Bandung: Alumni. 1987. Hal 62. Adapun mengenai teori badan hukum akan dijelaskan secara rinci dalam pembahasan hukum perdata.

344 Ridwan, HR, Op.Cit., Hal. 57-53.

publik ini dilakukan dengan melihat ada tidaknya wewenang, di mana wewenang tersebut pada umumnya adalah wewenang dalam jabatan.

Perbuatan pemerintah dalam lapangan hukum publik ini digolongkan menjadi dua yaitu: a. Perbuatan hukum publik yang bersegi satu: Perbuatan ini akibat hukumnya timbul secara langsung seiring dilakukannya perbuatan tersebut oleh pemerintah tanpa menunggu reaksi dari pihak-pihak yang terkena; b. Perbuatan hukum publik yang bersegi dua: Perbuatan hukum publik yang bersegi dua ini akibat hukumnya baru timbul sesudah ada kata sepakat antara pemerintah dengan pihak-pihak yang terkena. Tindakan dalam Lapangan Hukum Privat.

Di samping melakukan tindakan dalam lapangan hukum publik, pemerintah seperti halnya perorangan, sebagai subjek hukum dapat pula melakukan tindakan-tindakan dalam lapangan hukum privat untuk melakukan perbagai perbuatan dalam lapangan hukum keperdataaan ini dijelmakan dalam kualitas sebagai badan hukum yang bertindak atas nama institusi bukan atas nama jabatan.[345]

E. ASAS-ASAS UMUM PEMERINTAHAN YANG LAYAK

Secara umum Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik[346] meliputi;

a. Asas Kepastian Hukum, yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan Penyelenggara Negara;
b. Asas Tertib Penyelenggara Negara, yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian dan keseimbangan dalam pengendalian Penyelenggara Negara;
c. Asas Kepentingan Umum, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara aspiratif, akomodatif, dan selektif;
d. Asas Keterbukaan, yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan

345 Fuji Astuti, Dkk. Hukum Tata Pemerintahan, Jakarta: Pusat Penerbitan Universitas Terbuka, 2004. Hal. 33-34.

346 Lihat penjelasan Pasal 3 Undang-undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme. Review, pada pembahasan Asas Hukum di atas.

tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara;

e. Asas Proporsionalitas, yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban Penyelenggara Negara;

f. Asas Profesionalitas, yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan

g. Asas Akuntabilitas, yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan Penyelenggara Negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Substansi tersebut dijelaskan Laica[347], sebagaimana dalam lembaga penelitian pengembangan hukum administrasi negara, yaitu:

1. Prinsip kepastian hukum (*rechtszekerheids-beginsel*, *principle of legal security*). Prinsip ini menghendaki, bahwa dalam suatu keadaan tindakan tidak boleh berlaku surut. Asas kepastian hukum ini menghendaki dihormatinya hak yang diperoleh seseorang berdasarkan suatu keputusan penguasa. Walaupun keputusan itu dikeluarkan secara salah, akan tetapi, karena kesalahan itu berada pada pihak administrasi negara sehingga mereka yang diuntungkan ketetapan tersebut tidak dapat dirugikan dengan dalih adanya kesalahan yang bukan karena dilakukan oleh yang dikenai keputusan.
2. Prinsip keseimbangan (*evenredigheidsbeginsel*, *principle of propotionality*). Artinya, hukuman jabatan yang diberikan kepada seseorang pejabat harus terdapat keseimbangan dengan kesalahan. Sebagai contoh, hendaknya tidak menjatuhkan hukuman jabatan (*a disciplinary correction*) dengan hukuman penurunan pangkat karena yang bersangkutan hanya terlambat masuk kantor karena kemacetan lalu lintas.
3. Prinsip kesamaan dalam mengambil keputusan (*gelijkheidsbeginsel*, *principle of equality*). Asas ini menghendaki agar administrasi

347 Muh. Laica Marzuki Otonomi Daerah dan Implikasinya Bagi Peradilan Tata Usaha Negara, Dalam Jurnal Meritokrasi, Vol. 1. No. 1.

negara dalam mengambil tindakan yang sama terhadap kasus-kasus yang faktanya sama pula. Sebagai contoh, jika suatu perusahaan tertentu dibutuhkan suatu kebersihan dalam beberapa waktu tertentu. Contoh lain, jika administrasi negara telah memberikan lisensi, namun jika kemudian kebijakan politik berubah lalu seseorang pemohon yang tidak mendapatkan lisensi mengajukan perkaranya ke depan badan banding, maka demi asas kesamaan badan banding tersebut menyatakan keputusan administrasi negara tersebut ditolak.

4. Prinsip bertindak cermat atau saksama (*zorgvuldigheidsbeginsel*, *principle of careful-ness*). Dengan prinsip ini, administrasi negara harus bertindak cermat. Yurisprudensi Hoogeraad Belanda tanggal 9 Januari 1942 Nomor 295 menyatakan, jika ada jalanan umum rusak, maka dewan kota praja berkewajiban memperingatkan bahwa kecelakaan kepada pemakai jalan umum. Dalam kasus ini, kota praja tidak menempatkan tanda peringatan sehingga terjadi kecelakaan. Oleh sebab itu, kota praja diwajibkan mengganti kerugian akibat dari kecelakaan.
5. Prinsip motivasi untuk setiap keputusan (*motiveringsbeginsel*, *principle of motivation*). Asas ini mempunyai dua aspek: *Pertama*; keputusan administrasi harus beralasan (*must be motived*). *Kedua*; motivasinya harus benar dan terang (*just and clear*). Sebagai contoh, kota praja menolak permohonan suatu perkumpulan untuk melindungi anak-anak dalam mengadakan suatu koleksi tanpa alasan. Keputusan itu dinyatakan batal oleh Kroon Tanggal 15 November 1958 Nomor 658, dengan alasan, bahwa tindakan kota praja bertentangan dengan prinsip motivasi.
6. Prinsip jangan menyalahgunakan kewenangan (*verbod van detournement de pouvoir*, *principle of non-misuse of competence*). Asas *Detournement de Pouvoir* terjadi, bilamana suatu alat pemerintahan menggunakan wewenangnya untuk menyelenggarakan suatu kepentingan umum yang lain daripada kepentingan umum yang dimaksud oleh peraturan dasarnya. Sebagai contoh, seperti yang dikemukakan Utrecht, bahwa *Detournement de Pouvoir* terjadi, misalnya jika seorang walikota memberi perintah supaya semua tempat dansa di kota didaftarkan

dan pada pendaftaran harus dipenuhi beberapa syarat istimewa. Oleh Walikota, syarat-syarat itu disusun sedemikian rupa, sehingga hanya tempat dansa kepunyaan walikota sendiri yang dapat memenuhinya. Di sini, wewenang walikota dipergunakan untuk mencegah persaingan terhadap tempat dansa kepunyaannya sendiri. Contoh lain, pemerintah kota praja bersedia memberi izin untuk mendirikan sebuah gedung, tetapi dengan syarat, bahwa yang diberi izin itu, menyerahkan sebagian dari tanahnya kepada Pemerintah Daerah (Pemda), sehingga jalanan umum dapat dilebarkan. Dengan demikian, Pemda itu dapat menghindarkan prosedur pembebasan hak milik (*onteigening*) seseorang, yang sesungguhnya hanya dapat dilakukan dengan pemberian ganti kerugian. Dengan demikian, mencampur adukan dua kepentingan umum, yakni pendirian rumah yang layak dengan kepentingan lalu lintas. Timbulnya perselisihan paham tentang *Detournement de Pouvoir* itu disebabkan adanya anggapan, bahwa apakah *Detournement de Pouvoir* itu dianggap bertentangan dengan hukum atau dengan kepentingan umum (*in strijd met het algemenebelang*)? Sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, maka *Detournement de Pouvoir* telah dipahami oleh para pengkaji hukum administrasi sebagai bukan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*). Namun, dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tersebut, maka *Detournement de Pouvoir* tersebut dimasukkan sebagai *Onrechtmatige Overheids Daad*. Namun, karena diakuinya prinsip asas-asas umum pemerintahan yang layak, maka para pejabat administrasi seharusnya sangat berhati-hati dalam menggunakan *Detournement de Pouvoir* tersebut. Mengingat batasan antara kepentingan umum berbeda dengan kepentingan umum yang ditetapkan dalam undang-undang yang menjadi dasar adanya wewenang tersebut. Hal ini sangat abstrak dan sangat berdekatan dengan penyalahgunaan wewenang. Demikian pula, para hakim harus betul-betul cermat menilai sebuah tindakan pemerintah yang didasarkan atas *Detournement de Pouvoir*, apakah tidak melanggar salah satu asas dari asas-asas umum pemerintahan yang layak, khususnya asas kepastian hukum

dan asas kesamaan semua pihak serta asas permainan yang jujur (*fair play beginsel*)?

7. Prinsip permainan yang jujur (*fair paly beginsel*). Prinsip ini menghendaki, bahwa administrasi negara harus memberikan kesempatan seluas-luasnya kepada rakyat sebelum mengambil suatu keputusan, yaitu untuk mencari kebenaran dan keadilan. Prinsip ini sangat penting karena bagi administrasi negara sangat terbuka kemungkinan untuk memberi informasi yang kurang tepat (*unjust information*) atau kurang jelas tentang akibat-akibat dari suatu keputusan administrasi. Sebuah contoh, bila di sebuah kota terdapat seseorang warga berkebaratan terhadap suatu rencana karena khawatir akan menghalangi pelaksanaan proyeknya. Lalu membawa perkaranya ke kota praja, namun kota praja menilai tidak beralasan (*ungrounded*), dengan alasan, bahwa rencana itu tidak ada akibatnya bagi proyek pembangunan itu. Akan tetapi, beberapa waktu kemudian ternyata alasan itu tidak benar karena menurut rencana, tanah itu sudah diperuntukkan bagi tujuan agraria. Berarti tidak diperkenankan untuk membangun. Dengan kenyataan tersebut prinsip *fair play* telah mengesampingkan peraturan prosedural tertulis (*written prosedurerules*) dari ketentuan tentang rencana pembangunan (keputusan Kroon Tanggal 17 Oktober 1970, *Bouwrecht* 1971).
8. Prinsip keadilan atau larangan bertindak sewenang-wenang (*Redelijkeheids-beginsel of verbod van willekeur*, *principle of reasonableness or prohibition of arbitrariness*). Prinsip ini di negara Belanda secara tegas dilarang dalam undang-undang bidang administrasi untuk bertindak sewenang-wenang (*willekeur*) atau tidak adil (*onridelijk*). Apabila suatu alat pemerintahan bertentangan dengan prinsip tersebut, maka keputusan administratif itu dapat dibatalkan. Ketentuan yang demikian ini, di dalam berbagai ketentuan perundang-undangan di Indonesia belum ditemukan pengaturannya secara tegas, namun secara prinsip diakui, bahwa hal tersebut terlarang. Dalam pada itulah, maka hakim diperlukan peranannya secara baik, aktif dengan menggunakan wewenang *judicial review* untuk menguji ketentuan perundang-undangan yang berindikasi adanya kesewenang-wenangan (sebuah wacana).

Demikian pula, hakim harus cermat menilai ada tidaknya unsur kesewenang-wenangan jika atas dasar keputusan tersebut diajukan sebagai sengketa tata usaha negara.

9. Prinsip pemenuhan pengharapan yang ditimbulkan (*principle van opgewekte verwachtingen*, *principle of meeting raised expectation*). Prinsip ini menghendaki, bahwa apabila Administrasi Negara bertindak, harus memperhatikan prinsip pemenuhan pengharapan yang ditimbulkan. Sebagai contoh, keputusan majelis banding Belanda Tanggal 13 Januari 1959 seorang pegawai sipil memohon uang bantuan untuk menggunakan kendaraan pribadinya untuk menjalankan kewajibannya. Pada waktu dinas ia mendapatkan uang bantuan dimaksud akan tetapi, kemudian peraturan pegawai sipil tidak memungkinkan pemberian suatu kompensasi biaya kepada pegawai sipil. Oleh karena itu, maka administrasi negara menarik kembali keputusan pemberian uang bantuan kepada pegawai sipil. Oleh *central boardappead* membatalkan keputusan dengan menarik kembali pemberian uang bantuan. Prinsip ini dapat dilihat sebagai perluasan dari asas umum pemerintahan yang layak. Prinsip pemenuhan harapan ini mengingatkan, bahwa kesalahan yang dilakukan oleh pihak lain, tidak dapat dibebankan tanggung jawab hukumannya kepada pihak yang lainnya, meskipun dasar yang memberikan hak tersebut telah dicabut atau dibatalkan, kecuali jika dasar hak tersebut batal karena dicabut kembali oleh yang berwenang.
10. Prinsip meniadakan akibat dari keputusan yang dibatalkan (*herstelbeginsel*, *the principle of undoing the consequences of annulled decision*). Prinsip ini menghendaki agar tidak terjadi kerugian akibat dari suatu keputusan administrasi yang menimbulkan kerugian yang sesungguhnya tidak perlu. Sebagai contoh, jika keputusan pemecatan pegawai dinyatakan batal oleh badan pertimbangan kepegawaian, maka dalam hal demikian administrasi negara yang memecat pegawai bukan hanya wajib menerima kembali pegawai yang dipecat itu. Akan tetapi, juga harus membayar segala kerugian karena pemecatan yang tidak berdasarkan undang-undang.

11. Prinsip perlindungan cara hidup pribadi (*princip van besckerning van de persoonlijke levenssefer*, *the principle of protecting the personal way of life*). Prinsip ini oleh Crince Le Roy mengemukakan sebuah contoh di negeri Belanda, bahwa seorang pegawai yang telah berkeluarga mengadakan hubungan kelamin dengan seorang sekertarisnya (*a woman secretary*). Berdasarkan alasan ini administrasi negara yang bersangkutan mengambil tindakan disiplin terhadap pegawai tersebut. Keputusan administrasi negara dengan memberikan tindakan disiplin terhadap pegawai tersebut dibatalkan (*central board for appeal* Tanggal 29 Mei 1951) dengan alasan, bahwa seorang pegawai sipil mempunyai hak untuk hidup sesuai dengan hidup pribadinya (*to live his own life*). Contoh penerapan asas perlindungan cara hidup sebagai salah satu unsur asas-asas umum pemerintahan yang layak sebagaimana dikemukakan Crince Le Roy di atas, tentunya tidak serta merta dapat diterapkan di Indonesia yang sangat religius, beradab, serta berasaskan Pancasila. Akan tetapi, contoh tersebut sangat penting dan bermanfaat terutama bagi para hakim untuk menilai tindakan aparat administrasi perihal apakah sesuatu sesuai atau tidak sesuai dengan prinsip perlindungan hidup yang sesuai tata nilai yang diakui dan diterima oleh masyarakat Indonesia, khususnya di Sulawesi Selatan.

Adapun kegunaan asas-asas umum penyelenggaraan negara yang layak menurut Muin Fahmal[348], antara lain:

1. Sebagai nilai-nilai etik dalam lingkungan hukum administrasi
2. Penuntun bagi administrasi (*bestuur*) dalam mewujudkan fungsi pelayanannya kepada masyarakat.
3. Sebagai alat uji bagi hakim tata usaha negara dalam menilai suatu tindakan administrasi (*bestuur*).
4. Sebagai alasan pengajuan gugatan kepada Pengadilan Tata Usaha Negara
5. Sebagai asas, dapat digali dalam masyarakat dan diperlakukan sebagai norma, baik pemerintah maupun hakim dalam menilai tindakan pemerintah.

348 Muin Fahmal, Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih, Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2008, hal. 83-84

6. Sebagai sarana tambahan dan menentukan karena itu mengikat pemerintah dalam mewujudkan pemerintahan yang baik (*good governance*)
7. Sebagai bahan mewujudkan keadilan yang sesungguhnya, yaitu keadilan yang sesuai perasaan hukum masyarakat.
8. Sebagai alat bantu bagi hakim menemukan hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat.
9. Sebagai sarana penunjang kebebasan hakim untuk menemukan keadilan yang sesungguhnya, dan
10. Sebagai sarana meningkatkan wibawa pemerintahan atau pun hakim.

BAB 13

HUKUM PIDANA

A. DEFINISI HUKUM PIDANA

Menurut Wirjono Prodjodikoro bahwa istilah hukum pidana itu dipergunakan sejak pendudukan Jepang di Indonesia untuk pengertian *strafrecht* dari bahasa Belanda, dan untuk membedakannya dari istilah hukum perdata untuk pengertian *burgerlijkrecht* atau *privaatrecht* dari bahasa Belanda.[349]

Menurut Sudarto, pidana adalah nestapa yang diberikan oleh Negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang (hukum pidana), sengaja agar diberikan sebagai nestapa.[350]

Selanjunya Soedarto menyatakan bahwa sejalan dengan pengertian hukum pidana, maka tidak terlepas dari KUHP yang memuat dua hal pokok, yakni:

1) Memuat pelukisan dari perbuatan-perbuatan orang yang diancam pidana, artinya KUHP memuat syarat-syarat yang harus dipenuhi yang memungkinkan pengadilan menjatuhkan pidana. Jadi di sini seolah-olah negara menyatakan kepada umum dan juga kepada para penegak hukum perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dan siapa yang dapat dipidana.

349 Wirjono Prodjodikoro, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia, Bandung: Refika Aditama, 2003, hal. 1-2.

350 Sudarto, Kapita Selekta Hukum Pidana (Bandung: Alumni, 1981), hal 109-110. Pemberian nestapa atau penderitaan yang sengaja dikenakan kepada seorang yang melanggar ketentuan Undang-undang tidak hanya dimaksudkan untuk memberikan penderitaan, akan tetapi bertujuan agar orang tersebut merasa jera dan membuat pelanggar kembali hidup bermasyarakat sebagi mana layaknya. Lihat, Niniek Suparni, Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan (Jakarta: Sinar Grafika, 1996), hal 12. Selain itu, dalam konteks tujuan pemidanaan Menurut H.A.Djazuli, hukuman ditetapkan untuk memperbaiki individu, menjaga masyarakat dan untuk tertib sosial. Bagi Allah sendiri tidaklah akan memadharatkan kepadaNya apabila manusia di bumi ini melakukan kejahatan dan tidak akan memberi manfaat kepada Allah apabila manusia di muka bumi taat kepadaNya. Lihat, H.A.Djazuli, Fiqh Jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam), Jakarta, Raja Grafindo Persada. 1997, hal. 25.

2) KUHP menetapkan dan mengumumkan reaksi apa yang akan diterima oleh orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu.

Sedangkan definisi hukum pidana menurut Van Bammelen[351] membagi kedalam pidana materiil dan pidana formil. Selanjutnya van Bemmelen menjelaskan hal tersebut sebagai berikut:

"hukum pidana materiil terdiri atas tindak pidana yang disebut berturut-turut, peraturan umum yang dapat diterapkan terhadap perbuatan itu, dan pidana yang diancamkan terhadap perbuatan itu. Hukum pidana formil mengatur cara bagaimana acara pidana seharusnya dilakukan dan menentukan tata tertib yang harus diperhatikan pada kesempatan itu."

Pada hakikatnya, hukum pidana materiil[352] berisi larangan atau perintah yang jika tidak dipatuhi diancam dengan sanksi. Adapun hukum pidana formil[353] adalah aturan hukum yang mengatur cara menegakkan hukum pidana materil.

Terlepas dari pembagian tersebut, menurut penulis, bahwa hukum pidana adalah kumpulan peraturan yang mengatur perbuatan, baik menyeruh berbuat atau melakukan sesuatu, maupun melarang berbuat atau melakukan sesuatu yang diatur di dalam undang-undang dan peraturan daerah yang diancam dengan sanksi pidana.

B. DELIK ATAU PERBUATAN PIDANA

Pengertian, Unsur-Unsur dan Macam-Macam Perbuatan Pidana

1. Pengertian Perbuatan Pidana

   Hukum pidana belanda memakai istilah *strafbaar feit*, kadang-kadang juga *delict* yang berasal dari bahasa Latin *Delictum*. Hukum pidana Negara-negara Anglo-Saxon memakai istilah *offense* atau *criminal act* untuk maksud yang sama. Oleh karena KUHP Indonesia bersumber pada WvS Belanda, maka istilah aslinya pun sama yaitu *strafbaar feit*.[354]

351 Mr. J.M. Van Bammelen, Hukum Pidana I, Bandung: Bina Cipta, 1987, hal. 2 et seq.

352 Menurut penulis bahwa hukum pidana materiil dapat ditemukan di dalam KUHP dan Undang-Undang Pidana Khusus serta peraturan daerah.

353 Sedangkan pidana formil, dapat ditemukan di Kitab Unda-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

354 Andi Hamzah, Asas-Asas Hukum Pidana, Rineka Cipta: Jakarta, 1994, hal. 86.

Menurut Chairul Chuda[355] Tindak pidana adalah perbuatan atau serangkaian perbuatan yang padanya dilekatkan sanksi pidana. Selanjutnya, menurut Chairul Chuda bahwa dilihat dari istilahnya, hanya sifat-sifat dari perbuatan saja yang meliputi suatu tindak pidana. Sedangkan sifat-sifat orang yang melakukan tindak pidana tersebut menjadi bagian dari persoalan lain, yaitu pertanggungjawaban pidana.[356]

Menurut Simons[357] yang menyatakan *strafbaar feit* adalah perbuatan yang melawan hukum dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.

Selanjutnya, Van Hammel[358] merumuskan delik (*strafbaar feit*) itu sebagai berikut: *eene wettelijke omschreven menschelijke gedraging, onrechtmatig, strafwaarding en aan schuld te wijten* (kelakukan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan).

Berdasarkan dari pengertian mengenai perbuatan pidana para ahli hukum pidana di atas, maka menurut penulis perbuatan pidana adalah suatu perbuatan yang melanggar perintah untuk melakukan sesuatu, larangan untuk tidak melakukan sesuatu secara melawan hukum dengan kesalahan dan diberikan sanksi, baik di dalam undang-undang maupun di dalam peraturan daerah.

2. Unsur-Unsur Perbuatan Pidana

Pada hakikatnya, setiap perbuatan pidana harus terdiri dari unsur-unsur lahiriah (fakta) oleh perbuatan, mengandung kelakukan dan akibat yang ditimbulkan karenannya. Keduanya memunculkan kejadian dalam alam lahir (dunia).[359]

Menurut Moeljatno yang merupakan unsur atau elemen perbuatan pidana adalah:[360]

a. Kelakuan dan akibat (= perbuatan)
b. Hal ikhwal atau keadaan yang menyertai perbuatan.
c. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana.

355 Chairul Huda, "Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan'", Jakarta: Prenada Media, 2006, hal. 15.
356 Ibid.
357 Andi Hamzah. Op.cit., hal. 69.
358 Ibid., hal. 88.
359 Moeljatno, Asas-Asas Hukum Pidana: Edisi Revisi, Rineka Cipta: Jakarta, 2008, hal. 64.
360 Moeljatno, Op.cit., hal. 69-70.

d. Unsur melawan hukum yang objektif.
e. Unsur melawan hukum yang subjektif.

Perlu ditekankan lagi bahwa sekalipun dalam rumusan delik tidak terdapat unsur melawan hukum, namun jangan dikira bahwa perbuatan tersebut lalu tidak bersifat melawan hukum. Sebagaimana ternyata di atas, perbuatan tadi sudah demikian wajar sifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu untuk dinyatakan tersendiri.

Sungguh pun demikian setiap tindak pidana yang terdapat di dalam kitab undang–undang hukum pidana itu pada umumnya menurut doktrin, unsur-unsur delik atau perbuatan pidana terdiri atas unsur subjektif dan unsur objektif. Terhadap unsur-unsur tersebut dapat diutarakan sebagai berikut:[361]

1. Unsur Subjektif

   Unsur subjektif adalah unsur yang berasal dari dalam diri pelaku. Asas hukum pidana menyatakan *An act does not make a person guilty unless the mind is guilty or actus non facit reum nisi mens sit rea* (tidak ada hukuman, kalau tidak ada kesalahan). Kesalahan yang dimaksud di sini adalah kesalahan yang diakibatkan oleh kesengajaan (*intention/opzet/dolus*) dan kealpaan (*negligence or schuld*). Pada umumnya para pakar telah menyetujui bahwa "kesengajaan" terdiri atas tiga, yakni:

   1) Kesengajaan sebagai maksud (*oogmerk*)
   2) Kesengajaan dengan keinsafan pasti (*opzet als zekerheidsbewustzijn*)
   3) Kesengajaan keinsafan dengan keinsafan akan kemungkinan (*dolus evantualis*).

   Sedangkan kealpaan terdiri dari dua, yakni:

   1) Tak berhati-hati;
   2) Dapat menduga akibat perbuatan itu.

2. Unsur Objektif

   Unsur objektif merupakan unsur dari luar diri pelaku yang terdiri atas:

   a. Perbuatan manusia, berupa:

361 Leden Marpaung, Asas - Teori - Praktik Hukum Pidana, Sinar Grafika: Jakarta, 2005, hal. 9-10.

1) *act*, yakni perbuatan aktif atau perbuatan positif;
2) *omission*, yakni perbuatan pasif atau perbuatan negative, yaitu perbuatan yang mendiamkan atau membiarkan.

b. Akibat (*result*) perbuatan manusia
Akibat tersebut membahayakan atau merusak, bahkan menghilangkan kepentingan-kepentingan yang dilindungi oleh hukum, misalnya nyawa, badan, kemerdekaan, kehormatan, dsb.

c. Keadaan-keadaan (*circumstances*)
Pada umumnya, keadaan tersebut dibedakan antara lain:
1) keadaan pada saat perbuatan dilakukan;
2) keadaan setelah perbuatan dilakukan.

d. Sifat dapat dihukum dan sifat melawan hukum
Sifat dapat dihukum berkenaan dengan alasan-alasan yang membebaskan si pelakku dari hukuman. Adapun sifat melawan hukum adalah perbuatan itu bertentangan dengan hukum, yakni berkenaan dengan larangan atau perintah melakukan sesuatu.

Menurut Satochid Kartanegara unsur delik terdiri atas unsur objektif dan unsur subjektif. Unsur yang objektif adalah unsur yang terdapat di luar diri manusia, yaitu berupa:[362] (Leden Marpaung, *ibid*).

a. suatu tindakan;
b. suatu akibat, dan
c. keadaan (*omstandigheid*).

Selanjutnya Satochid menyatakan kesemuanya itu dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang. Sedangakan unsur subjektif adalah unsur-unsur dari perbuatan yakni:

a. Kemampuan dapat dipertanggungjawabkan(*toerekeningsv atbaarheid*)
b. Kesalahan (*schuld*).[363]

362 Leden Marpaung, ibid.
363 Satochid Kartanegara, Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah, Balai Lektur Mahasiswa, Tanpa Tahun, hal.184-186.

Menurut Lamintang[364] unsur delik terdiri atas dua macam, yakni unsur subjektif dan unsur objektif. Selanjutnya Lamintang menyatakan sebagai berikut: "Yang dimaksud dengan unsur-unsur subjektif itu adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku, dan termasuk ke dalamnya yaitu segala yang terkandung di dalam hatinya. Sedang yang dimaksud dengan unsur-unsur objektif itu adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan.

Unsur-unsur subjektif dari sesuatu tindak pidana itu adalah;

1. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus atau culpa*)
2. Maksud atau *voornemen* pada suatu percobaan atau *poging* seperti yang dimaksud di dalam pasal 53 ayat 1 KUHP
3. Macam–macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain.
4. Merencanakan terlebih dahulu atau *voorbedachte raad* seperti yang misalnya yang terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut pasal 340 KUHP.
5. Perasaan takut atau *vrees* seperti yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut pasal 308 KUHP.

Unsur-unsur objektif dari suatu tindak pidana adalah sebagai berikut:

1. sifat melawan hukum atau *wederechtelijk*;
2. Kualitas dari sipelaku, misalnya keadaad sebagai seorang pegawai negeri dalam kejahatan menurut Pasal 415 KUHP atau keadaan sebagai pengurus suatu perseroan terbatas, dalam kejahatan menurut Pasal 398 KUHP;
3. kualitas, yakni hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan suatu kenyataan sebagai akibat.

Berangkat dari apa yang telah dijelaskan di atas, meskipun diantara satu sama lainya secara berbeda-beda pendapat dalam merumuskan unsur-unsur perbuatan pidana. Maka menurut hemat penulis seluruh unsur delik tersebut merupakan satu kesatuan. Salah satu

364 Lamintang, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, Citra Aditya Bakti: Bandung, 1997, hal 184.

unsur tidak terbukti dan unsur yang paling urgen untuk perbuatan pidana (ditilik dari sudut objektif) menurut Apeldoorn[365] adalah sifat melawan hukumnya. Jika tidak terbukti maka tak ada perbuatan pidana. Menurut penulis menyebabkan terdakwa harus dibebaskan. Selanjutnya, mencermati pendapat dari pendapat Satochid dan Lamintang tentang unsur-unsur delik di atas, maka pendapat Satochid yang memasukkan *toerekeningsvatbaarheid* sebagai unsur subjektif kurang tepat. Hal ini karena tidak semua *toerekeningsvatbaarheid* bersumber dari diri si pelaku, namun antara lain dapat bersumber dari *overmacht* atau *ambttelijk bevel* (pelaksanaan perintah jabatan). Sedang pendapat Lamintang, yang menjelaskan bahwa unsur subjektif adalah unsur yang melekat pada diri si pelaku adalah tepat, tetapi tetapi apa yang tersebut pada butir 2,3, dan 4 unsur subjektif, pada hakikatnya menurut penulis termasuk "kesengajaan" pula.

3. Macam-Macam Perbuatan Pidana

Dalam hukum pidana dikenal delik formil dan materiil. Yang dimaksud dengan delik formil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada perbuatan yang dilarang atau dengan kata lain melawan undang-undang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang di sini rumusan dari perbuatan jelas. Misalnya Pasal 362 tentang pencurian. Adapun delik materiil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada akibat yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang. Dengan kata lain, hanya disebut rumusan dari akibat perbuatan. Misalnya Pasal 338 tentang pembunuhan.[366]

Selain delik formil dan delik materiil yang seperti yang disebutkan di atas, di dalam KUHP itu, masih dikenal pembagian delik menurut rumusan yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang, yaitu:[367]

a. *doleuse delicten*, dan *culpose delicten*;
   - *doleuse delicten* adalah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan sengaja. Rumusan undang-undang mempergunakan

365 Apeldoorn, Op.cit.,.hal. 326

366 Ledeng Marpaung, Op.cit., hal. 8

367 Bambang Poernomo, Asas-Asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia: Jakarta, 1994, hal. 99-102.

kalimat "*opzettelijk*", akan tetapi juga dikenal sebagai perbuatan yang dilakukan karena "*dolus*" atau "*opzet*", seperti misalnya 338 KUHP.

- *culpose delicten* adalah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan kealpaan, atau "*Nalatigheid*" atau "*nachtzammheid*". Rumusan undang-undang mempergunakan kalimat schuld, seperti misalnya pasal 359.

b. *formeele delicten*, dan *materiile delicten*;
   - *formeele delicten* adalah ialah rumusan undang-undang yang menitikberatkan kelakuan yang dilarang dan diancam oleh undang-undang, seperti misalnya pasal 362 KUHP tentang pencurian.
   - *materiile delicten* adalah rumusan undang-undang yang menitikberatkan akibat yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang, seperti misalnya pasal 35 KUHP tentang penganiayaan.

c. *commisie delicten*, dan *ommisie delicten*;
   - *commisie delicten* adalah delik yang terjadi karena perbuatan seseorang, yang melanggar larangan untuk melakukan sesuatu.
   - *ommisie delicten* adalah terjadi karena sseseorang tidak berbuat sesuatu atau melanngar apa yang menjadi sebuah perintah.

d. *Zelfstandige delicten*, dan *voorgezette delicten*;
   - *Zelfstandige delicten* adalah delik yang berdiri sendiri yang terdiri atas satu perbuatan tertentu.
   - *voorgezette delicten* ialah delik yang terdiri atas beberapa perbuatan berlanjut.

e. *aflopende delicten* dan *voordurende delicten*;
   - *aflopende delicten* adalah delik-delik yang terdiri atas kelakuan untuk berbuat atau tidak berbuat dan delik telah selesai ketika dilakukan, seperti misalnya pasal pembunuhan, pengahsutan.

- *voordurende delicten* adalah delik yang terdiri atas melangsungkan atau membiarkan suatu keadaan yang terlarang, walaupun keadaan itu pada mulanya ditimbulkan untuk sekali perbuatan. Misalnya pasal 221 tentang menyembunyikan orang jahat, pasal 250 tentang mempunyai persediaan bahan untuk memalsukan mata uang.

f. *Enkelvoudige delicten*, dan *semengestelde delicten*;
   - *enkelvoudige delicten* mempunyai arti yang hampir mirip "*aflopende delicten*" yaitu delik yang selesai dengan suatu kelakuan.
   - *semengestelde delicten* adalah delik yang terdiri atas lebih dari satu perbuatan. Ada juga menyebut dengan "*collective delict*". Delik ini pada umumnya menyangkut kejahatan karena mata pencaharian atau karena kebiasaan atau karena pekerjaan, misalnya pasal480-481 tentang penadahan, pasal 512-512a tentang melakukan pekerjaan harus dengan kewenangan untuk pekerjaan itu atau praktik dokter tanpa izin, dan beberapa golongan "*bedrijfsdelicten*" atau "*beroepsdelictenn*" yaitu pasal-pasal 295, 296, 299, 303 mengenai kejahatan memudahkan perbuatan cabul, memberikan obat untuk pengguguran kandungan dan perjudian.

g. *eenvoudige delicten*, dan *gequalificeerde delicten*;
   - *eenvoudige delicten* adalah delik biasa, yang dilawankan dengan "*gekwalificeerde delicten*" yaitu delik yang mempunyai bentuk pokok yang disertai unsur yang meringankan.
   - *gequalificeerde delicten* antara lain tersebut dalam pasal 362 sebagai *eenvoudige delict* menjadi bentuk pasal 363 dengan disertai pemberatan pidana karena adanya syarat-syarat tertentu. Demikian juga pasal 365 terhadap pasal 362, pasal 374 terhadap pasal 372, pasal 264 terhadap pasal yang terdahulu mengatur pemberatan dari pasal yang kemudian.

Selanjutnya "*Geprivilegieerde delicten*" antara lain tersebut dalam pasal 341 lebih ringan daripada pasal 340 dan 339, pasal 308 lebih ringan daripada pasal 305 dan 306 dan lain sebagainya.

h. *politieke delicten*, dan *commune delicten*;
   - "*politieke delicten*" adalah delik yang dilakukan karena adanya unsur politik, yang dapat dibedakan menjadi:
     1. "*zuivere politieke delicten*" yang merupakan kejahatan "*hoogverrad dan "landverrad*" sebagaimana diatur dalam pasal 104-110 (penghianatan intern) dan pasal 121, 124, 126 (penghianatan ekstern);
     2. "*gemengde politieke delicten*" yang merupakan pencurian terhadap dokumen negara; dan
     3. "*connexe politieke delicten*" yang merupakan kejahatan menyembunyikan senjata.
   - *commune delicten* adalah delik yang ditujukan kepada kejahatan yang tidak termasu keamanan negara, misalnya penggelapan, pencurian, dan lain sebagainya.

i. *delicta propia*, dan *commune delicten*;
   - *delicta propia* ialah delik yang dilakukan hanya orang tertentu karena kualitas, misalnya delik jabatan dan delik militer.
   - *commune delicten* adalah delik yang dapat dilakukan oleh setiap orang pada umumnya.

j. delik yang ditentukan menurut kepentingan hukum yang dilindungi. Misalnya delik aduan, delik harta kekayaann, dan lain sebagainya.

C. TEORI KESALAHAN

Prinsip pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi berarti bahwa hanya orang yang bersalah saja yang dapat dikenakan pidana. Pasal 6 Undang-Undang No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan:

ayat (1) Tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan Pengadilan selain daripada yang ditentukan oleh undang-undang.

Ayat (2) Tidak seorang pun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggungjawab, telah bersalah atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya.

Berdasar Pasal 6 tersebut, maka dapat dikatakan bahwa untuk adanya pemidanaan harus ada kesalahan pada si pembuat/pelaku. Membicarakan unsur kesalahan dalam hukum pidana, maka harus melihat hubungannya dengan kebebasan kehendak. Mengenai hubungan antara kebebasan kehendak dengan ada atau tidaknya kesalahan, ada tiga pendapat yaitu:

1. **Indeterminis**. Pada dasarnya berpendapat bahwa manusia mempunyai kehendak bebas dan hal ini merupakan sebab dari segala keputusan kehendak. Tanpa ada kebebasan kehendak, maka tidak ada kesalahan, apabila tidak ada kesalahan maka tidak ada pencelaan sehingga juga tidak ada pemidanaan;
2. **Determinis**. Berpendapat bahwa pada dasarnya manusia tidak mempunyai kehendak bebas. Keputusan kehendak ditentukan sepenuhnya oleh watak (dalam arti nafsu-nafsu manusia dalam hubungan kekuatan satu sama lain) dan motif-motif yaitu perangsang-perangsang yang datang dari dalam atau dari luar manusia yang mengaktifkan watak tersebut. Hal ini berarti bahwa seseorang tidak dapat dicela atas perbuatannya atau dipersalahkan, karena ia tidak mempunyai kehendak bebas. Walaupun tidak mempunyai kehendak bebas, hal ini tidak berarti orang yang melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya. Hal ini karena justru dengan tidak adanya kebebasan kehendak, maka ada pertanggungan jawab dari seseorang atas perbuatannya. Tetapi reaksi atas perbuatan yang dilakukan tersebut berupa tindakan untuk ketertiban masyarakat dan bukan sanksi pidana dalam arti penderitaan.
3. Golongan ini berpendapat bahwa ada atau tidaknya kebebasan kehendak manusia untuk hukum pidana tidak menjadi soal, karena kesalahan seseorang tidak dihubungkan dengan ada atau tidaknya kehendak bebas.

Sebagai salah satu unsur dalam pemidanaan, kesalahan terdiri atas beberapa unsur yaitu:

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada pelaku. Hal ini berarti keadaan jiwa pelaku harus normal. Apakah orang tersebut (pelaku) menjadi "*norm addresat*" yang mampu;
2. Hubungan batin antara si pelaku dengan perbuatannya, baik berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*);
3. Tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak adanya alasan pemaaf. Meskipun unsur a dan b di atas ada, kemungkinan ada keadaan yang mempengaruhi si pelaku/pembuat sehingga kesalahannya menjadi hapus, misalnya dengan adanya kelampauan batas pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat 2 KUHP).

Untuk adanya kesalahan dalam arti seluas-luasnya, maka harus dinyatakan terlebih dulu bahwa perbuatan si pelaku/pembuat bersifat melawan hukum.

Membahas hukum pidana dengan segala aspeknya selalu menarik, berhubung sifat dan fungsinya yang istimewa. Hukum pidana sering dikatakan memotong dagingnya sendiri serta mempunyai fungsi ganda yaitu sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang rasional dan sebagai sarana kontrol sosial sebagaimana dilaksanakan secara spontan atau dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya.

Sudarto berpendapat bahwa pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Sedang Roeslan Saleh menyatakan bahwa pidana adalah reaksi atas delik dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik.[368]

D. KONSEPSI AJARAN SIFAT MELAWAN HUKUM PIDANA (*WEDERECHTELIJKHEID*)

Pada mulanya perkembangan sejarah hukum tentang ajaran sifat perbuatan melawan hukum *origin*-nya di negeri Belanda dan sangat berpengaruh terhadap perkembangan di Indonesia, karena berdasarkan asas konkordansi, kaidah hukum yang berlaku di negeri belanda akan

368 Muladi dan Barda Nawawi Arief, Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana, Bandung: Alumni,1984, hal. 2

berlaku juga di negeri jajahannya, termasuk Indonesia. Perkembangan tersebut adalah dengan bergesernya makna perbuatan melawan hukum, dari semula yang cukup kaku, kepada perkembangannya yang luas dan luwes dibanding periode antara tahun 1838-1919 dan periode sebelum tahun 1838. Sampai dengan kodifikasi *burgerlijk wetboek* (BW) di negeri Belanda pada tahun 1838, maka ketentuan seperti Pasal 1365 KUH Perdata di Indonesia saat ini tentu belum ada di belanda, karenanya kala itu, tentang perbuatan melawan hukum ini, pelaksanaanya belum jelas dan belum terarah. Setelah BW belanda dikodifikasi, maka mulailah berlaku ketentuan dalam Pasal 1401 (yang sama dengan Pasal 1365 KUH Perdata Indonesia) tentang perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*). Meskipun kala itu sudah ditafsirkan bahwa yang merupakan perbuatan melawan hukum, baik berbuat sesuatu (aktif berbuat) maupun tidak berbuat sesuatu (pasif) yang merugikan orang lain, baik yang di sengaja maupun yang merupakan kelalaian sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 1366 KUH Perdata Indonesia tetapi sebelum tahun 1919, dianggap tidak termasuk perbuatan melawan hukum jika perbuatan tersebut hanya merupakan tindakan yang bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan putusan masyarakat perihal memperhatikan kepentingan orang lain.[369]. Perkembangan tersebut terjadi dengan diterimanya penafsiran luas terhadap perbuatan melawan hukum oleh Hoge Raad (Mahkamah Agung) negeri Belanda, yakni penafsiran terhadap pasal 1401 BW Belanda, yang sama dengan ketentuan yang terdapat dalam pasal 1365 KUH Perdata Indonesia. Putusan *Hoge Raad* tersebut adalah terhadap kasus Lindenbaum versus Cohen.[370]

Selain itu, Di dalam ilmu hukum pidana mengenai ajaran sifat melawan hukum terbagi menjadi dua, yaitu:

1. Ajaran Sifat Melawan Hukum Formil

Apabila berbicara tentang "melawan hukum", jika sesuatu tindakan memenuhi syarat-syarat uraian delik. Jika hal itu terjadi, kita berurusan dengan definisi melawan hukum. Di sini pengertian melawan hukum dianggap sebagai suatu bentuk atau formil.[371]

369 Munir Fuady, Perbuatan Melawan Hukum: Pendekatan Kontemporer, Bandung: Citra Adiya Bakti, 2005, hal. 29.

370 Munir Fuady, Op cit., hal. 29-30.

371 Indriyanto Seno Adji, Korupsi: Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana, Jakarta: CV. Diadit Media, 2005,

Yang berpendapat formal adalah Simons yang mengatakan bahwa untuk dapat dipidananya perbuatan harus mencocoki rumusan delik yang tersebut dalam *wet*. Jika sudah demikian, biasanya tidak perlu lagi untuk menyelidiki apakah perbuatan melawan hukum atau tidak. Dengan kata lain Menurut Simons, sesuatu tindakan yang memenuhi semua unsur dari sesuatu ketentuan pidana yang bersifat melarang itu, hanya dapat dianggap sebagai tidak bersifat *wederrechtelijk*, yakni apabila orang dapat menemukan sesuatu dasar di dalam hukum positif untuk menganggap tindakan tersebut sebagai suatu kekecualian yang berlaku secara umum bagi semua ketentuan pidana yang bersifat melarang. Selanjutnya, Simons berkata tentang sifat melawan hukum yang material tidak dapat diterima, mereka yang menganut paham ini menempatkan kehendak pembentuk undang-undang yang telah ternyata dalam hukum positif, di bawah pengawasan keyakinan dari hakim pribadi. Meskipun betul harus diakui bahwa tidak selalu perbuatan yang mencocoki rumusan delik dalam *wet* adalah bersifat melawan hukum, akan tetapi perkecualian demikian itu hanya boleh diterima apabila mempunyai dasar dalam hukum positif.[372]

2. Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil

Vos seorang yang menganut pendirian yang material, memformulasikan perbuatan yang bersifat melawan hukum sebagai perbuatan yang oleh masyarakat. Formulasi Vos tersebut, dipengaruhi oleh Arrest HR Nederland tahun 1919, yang terkenal dengan nama Lindenbaum Cohen Arrest mengenai perkara perdata. Di situ HR Belanda mengatakan:

> "perbuatan yang melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) adalah bukan saja perbuatan yang bertentangan dengan *wet*, tetapi juga perbuatan yang dipandang dari pergaulan masyarakat tidak patut".[373]

Van Bemmelen berpendapat, bahwa adanya suatu "*materieele wederechtelijk*" itu adalah itu adalah sama dengan apabila kita berbicara tentang adanya suatu "*onrecmatigheid*" atau "sifat melawan hukum" di dalam hukum perdata, yaitu apabila di dalam sesuatu tindak pidana itu terdapat suatu tindakan yang bertentangan dengan kewajiban seseorang

hal. 406.

372 Moeljatno, Op.cit., hal. 143

373 Moeljatno, Op. cit., hal. 141

untuk juga memperhatikan kepentingan orang lain di dalam pergaulan bermasyarakat.[374]

Berkenaan dengan hal ajaran sifat melawan materiil, di Indonesia penganut paham tersebut adalah Moeljatno. Yang berpendapat kalau kita mengikuti pandangan yang material maka perbedaanya dengan pandangan yang formal adalah:

1. mengakui adanya pengecualian/penghapusan dari sifat melawan hukumnya perbuatan menurut hukum yang tertulis dan yang tidak tertulis; sedangkan pandangan formal hanya mengakui pengecualian yang tersebut dalam undang-undang saja. Misalnya Pasal 49. Pembelaan terpaksa (*noodwer*).
2. sifat melawan hukum adalah unsur mutlak dari tiap perbuatan pidana, juga bagi yang dalam rumusannya tidak menyebut unsur-unsur tersebut; sedang bagi pandangan yang formal, sifat tersebut tidak selalu menjadi unsur dari perbuatan pidana. Hanya jika dalam rumusan delik disebutkan dengan nyata-nyata, barulah menjadi unsur delik.[375]

Terlepas dari itu, wacana ajaran sifat melawan hukum pidana, kalau diteliti pasal-pasal KUHPidana dan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana diluarnya, maka ternyata bahwa ada pasal-pasal dan ketentuan yang mencantumkan kata melawan hukum dan ada juga yang tidak. Pada umumnya para ahli hukum pidana menyatakan, bahwa melawan hukum merupakan unsur-unsur tiap-tiap delik, dinyatakan secara eksplisit atau tidak.[376]

Di dalam pasal-pasal tertentu seperti, pasal 406 KUHPidana, juga terdapat kata-kata yang mengandung arti yang sama atau termasuk kategori itu, walaupun dengan pengertian sempit. Misalnya pasal 303, 548, 549, memakai istilah *zonder daartoe gerechtigd te zijn* (tanpa wenang; dengan tidak berhak untuk itu), pasal 496, 510 memakai kata-kata *zonder verlof* (tanpa izin), pasal 430 memakai kalimat *met over schrijding van zijn bevoegheid* (dengan melampaui batas kewenangannya), pasal 429 memakai kalimat *zonder in achtneming van de bij algemene verordening bepaalde vormen* (tanpa mengindahkan cara yang ditentukan di dalam peraturan umum). Sudah tentu istilah-istilah dan kalimat-kalimat itu

374 Lamintang, Op.cit., hal. 359.

375 Zainal Abidin Farid, Hukum Pidana 1, Jakarta: Sinar Grafika, 2007, hal. 239-240.

376 Zainal Abidin Farid, Op. cit., hal. 239-240.

mengandung sifat melawan hukum perbuatan yang lebih sempit artinya daripada istilah melawan hukum.[377]

Berkaitan dengan hal tersebut pasal 180 KUHPidana diterjemahkan oleh Lamintang dengan "Barang siapa yang dengan sengaja dan "secara tidak sah" menggali atau mengambil jenazah yang telah digali atau diambil, dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya satu tahun dan empat bulan atau dengan hukuman denda setinggi-tingginya empat ribu lima ratus rupiah". Perkataan secara tidak sah di sini tentunya berarti "tanpa hak" atau tanpa wewenang", oleh karena yang "berhak" atau "berwenang" berbuat demikian adalah keluarga atau ahli warisnya.[378]

Apa sebabnya sehingga tidak dicantumkan saja dalam tiap-tiap pasal KUHPidana?

Menurut Enschede dan Heijder, hal itu dilakukan oleh pembuat undang-undang, dalam beberapa hal:[379]

1. Bilamana dari rumus undang-undang, perbuatan yang tercantum sudah sedemikian wajar sifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu dinyatakan secara ekplisit;
2. Perbuatan melawan hukum berarti bahwa perbuatan seseorang melanggar atau bertentangan dengan kaidah materiil yang berlaku baginya, orang karena itu dengan sendirinya berarti bahwa memidana orang yang tidak melakukan perbuatan pidana adalah *onzinning*, tidak masuk di akal; sifat melawan hukumnya perbuatan merupakan syarat pemidanaan.

Suatu perbuatan baru dapat dikatakan tindak pidana, jika perbuatan itu juga bersifat melawan hukum. Bukan berarti tindak pidana yang tidak memuat perkataan "melawan hukum", tidak dapat bersifat melawan hukum. Sifat melawan hukumnya akan tersimpul dari unsur tindak pidana lain. Dengan demikian, "melawan hukum" dibuktikan sepanjang menjadi rumusan tindak pidana. Hal trersebut juga berdampak pada bunyi putusan. Dalam praktik umumnya, jika tidak terbuktinya "melawan hukum" hal ini menyebabkan putusannya lepas dari segala tuntutan hukum (*onstlaag van alle rechtvevolging*). Beberapa putusan pengadilan yang diteliti dalam buku Komariah Emong Sapardjaja[380]

377 Zainal Abidin Farid, Ibid.
378 Lamintang, Op. cit; 365.
379 Zainal Abidin. Ibid.
380 Komariah Emong Supardjaja, Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil Dalam Hukum Pidana Indonesia, Bandung:

memutuskan "lepas dari segala tuntutan hukum" terhadap terdakwa yang tidak terbukti sifat melawan hukum tindak pidana yang didakwakan terhadapnya. Dengan demikian, melawan hukum dipandang sebagai unsur tindak pidana, sekalipun tidak dirumuskan.

Selanjutnya, Komariah menyatakan sebagai berikut:

> Bahwa penetapan dalam isi rumusan tindak pidana mengharuskan adanya sifat melawan hukum atau dapat dicelanya perbuatan itu, tidak selalu dipenuhi dan karenanya juga tidak selalu dicantumkan, tetapi sebagai tanda tetap ada. Keberadaannya terlihat dari kelakuan-kelakuan tertentu, keadaan-keadaan tertentu, atau akibat-akibat tertentu yang dilarang atau yang diharuskan.[381]

Menurut Chairul Huda, peraktik peradilan sebagaimana dikemukakan di atas tidak lagi dapat dipertahankan. Tidak terbukti melakukan tindak pidana menyebabkan terdakwa diputus bebas. Baik ketika salah satu unsur tindak pidana yang didakwakan tersebut tidak terbukti (termasuk perkataan melawan hukum yang disebutkan secara tegas), maupun ketika tindak pidana yang di dakwakan tersebut terbukti tetapi dipandang tidak bersifat melawan hukum (melawan hukum menjadi unsur diam-diam). Dengan demikian, tidaklah perlu dibedakan tidak terbuktinya tindak pidana yang dipandang tidak bersifat melawan hukum. Tidak perlu dibedakan apakah melawan hukum sebagai *elementen* dan *bestandel.* Suatu perbuatan sekalipun mencocoki rumusan tindak pidana tetapi tidak bersifat melawan hukum tidak dapat dikatakan sebagai tindak pidana, sehingga lebih tepat jika terdakwanya kemudian dibebaskan. Dengan kata lain, termasuk diputus bebas, jika sifat melawan hukum suatu tindak pidana (yang menjadi unsur diam-diam) tidak terbukti.[382]

Sedangkan kalau melawan hukum hanya sebagai unsur (*element delict*), menurut Hazewinkel Suringa menyebut ciri (*kenmerk*), maka tidak perlu dicantumkan dalam dakwaan, dan tidak perlu dibuktikan. Dipandang unsur melawan hukum ada, sampai dibuktikan sebaliiknya, bahwa perbuatan itu tidak melawan hukum. Jadi putusannya ialah lepas dari segala tuntutan hukum.[383]

Alumni, 2002, hal. 136-148.

381 Komariah Emong Supardjaja, Op. cit; 23.

382 Chairul Huda, Op.cit., hal. 51-52.

383 Andi Hamzah, Op.cit., hal. 134.

Menanggapi hal tersebut di atas maka penulis memberikan sebagai contoh misalnya Pasal 338 KUHPidana tidak mengandung kata melawan hukum, namun setiap orang normal memandang bahwa menghilangkan nyawa orang lain adalah melawan hukum, tidak saja bertentangan dengan hukum, tetapi semua kaidah-kaidah sosial dan agama.

Dalam hal contoh di atas, dapatlah dimengerti apa maksud pembuat undang-undang dan alasan apakah pembuat undang-undang di dalam pasal tertentu mencantumkan kata melawan hukum secara tegas. Hal tersebut dapat dilihat di dalam *Memorie van Teolichting* (memori penjelasan *Wetboek van Strafrecht Nederland*), yang menyatakan bahwa dicantumkannya unsur itu secara tegas dalam beberapa pasal tertentu, oleh karena dipidananya orang yang melaksanakan haknya yang melakukan suatu "*strafbaar feit*" yang sesuai rumus atau uraian undang-undang. Dengan kata lain, bahwa dalam hal seseorang menggunakan haknya, maka unsur melawan hukum itu tidak ada. Namun perlu diingatkan bahwa melawan hukum tidak sama dengan tanpa hak. Hal tersebut memang termasuk melawan hukum, tetapi pengertiannya lebih sempit yang bersangkutan tidak mempunyai hak, atau hukum subjektif.[384]

Dari apa yang telah dijelaskan di atas, menurut hemat penulis, sifat melawan hukum adalah merupakan sebuah *bestandeel delict*, jika sifat melawan hukumnya tidak terbukti menyebabkan terdakwa lepas dari segala tuntutan hukum. Selanjutnya, setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi pada tanggal 25 Juli 2006, dalam hal penerapan ajaran sifat melawan hukum pidana khususnya dalam penerapannya dalam tindak pidana korupsi saling tumpang tindih dan tidak ada kepastian hukum dan keadilan mengingat dalam hal hukum pidana yang diatur di dalam KUHP masih banyak pasal yang menganut sifat melawan hukum materiil. Misalnya, berkenaan dengan melawan hukum pada penipuan (Pasal 378 KUHP). Kita mendapat kesukaran, apabila hendak mencari ketentuan tertulis sebagai sumber sifat melawan hukum yang terkandung dalam maksud menguntungkan diri si penipu dengan melawan hukum, artinya penipu tidaklah berhak untuk mendapatkan keuntungan dari perbuatan mengggerakkan agar orang menyerahkan benda tertentu. Amatlah sulit mencari dasar tertulis adanya kesadaran penipu bahwa ia tidak berhak mendapatkan keuntungan dari perbuatan menggerakkan misalnya

384 Andi Hamzah, Ibid.

dengan mengatakan dirinya adalah pemilik benda yang dijualnya padahal bukan pemilik (menggunakan kedudukan palsu). Ketentuan yang menyatakan tercelanya perbuatan bukan pemilik yang mengaku sebagai pemilik hanyalah di dapat dalam kesadaran hukum masyarakat, bukan pada bahan-bahan tulisan.

1. Unsur-Unsur Sifat Melawan Pidana Hukum di Dalam Delik

Dalam hal wacana mengenai unsur-unsur sifat melawan hukum di dalam delik, kalau diteliti pasal-pasal KUHPidana dan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana diluarnya, maka ternyata bahwa ada pasal-pasal dan ketentuan yang mencantumkan kata melawan hukum dan ada juga yang tidak. Pada umumnya para ahli hukum pidana menyatakan, bahwa melawan hukum merupakan unsur-unsur tiap-tiap delik, dinyatakan secara eksplisit atau tidak.

Dapatlah dimengerti bahwa perbedaan paham mengenai ajaran sifat melawan hukum dan apakah sifat melawan hukum merupakan unsur-unsur setiap delik adalah tidak terlepas dari paham apa yang mereka anut.[385]

Menurut Jan Rammelink[386]adanya unsur melawan hukum juga harus dibuktikan. Sebagaimana telah kita lihat, hanya merupakan unsur delik sepanjang disebutkan dengan tegas dalam peraturan perundang-undangan. Jadi, ia harus disebutkan secara eksplisit dalam atau rumusan ketentuan pidana. Lagi pula karena suatu perbuatan (tindakan) diancam dengan pidana justru karena perbuatan tersebut tidak dikehendaki (terjadi) oleh hukum, maka harus dianggap sebagai ciri atau karakteristik dari tiap delik, sifat (unsur) melawan hukum. Sekali lagi, perundang-undangan Belanda berangkat dari anggapan bahwa barang siapa yang melakukan suatu perbuatan yang dilarang perundang-undangan (hukum) pidana berarti ia melakukan tindak pidana, dan dengan demikian bertindak secara melawan hukum.

Menurut Adami Chazawi[387] dari sudut pengertian tindak pidana sebagai perbuatan yang dilarang oleh undang-undang yang disertai

385 Satochid Kartanegara, Op. cit; 420.

386 Rammelink Jan, Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2003, hal. 192.

387 Adami Chazawi, Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi, Bandung: Alumni, 2008, hal. 290.

ancaman pidana pada barang siapa yang melanggar larangan tersebut, sifat tercelanya sudah terkandung pada setiap perbuatan semacam itu walaupun tidak selalu unsur melawan hukum tersebut secara tegas dicantumkan dalam rumusan tindak pidana.

Berkaitan dengan itu, menurut Hart[388] membagi norma hukum ke dalam peraturan-peraturan primer dan peraturan sekunder. Peraturan primer terkait dengan tindakan-tindakan yang harus atau tidak boleh dikerjakan oleh individu. Sedangkan peraturan sekunder menentukan bagaimana tentang pelanggaran atasnya bisa secara pasti ditetapkan. Sejalan dengan pendapat Hart, Beccaria pernah mengatakan, hanya undang-undanglah yang boleh menentukan perbuatan mana sajakah yang dapat dipidana, sanksi-sanksi apakah dan atas perbuatan-perbuatan mana pula dapat dijatuhkan, dan bagaimanakah tepatnya peradilan pidana harus terjadi.[389]

Dari apa yang telah dijelaskan di atas menurut hemat penulis bahwa unsur-unsur melawan hukum di dalam delik meskipun tidak secara tegas menyebutkan sifat melawan hukumnya (unsur melawan hukum diam-diam), akan tetapi perlu dibuktikan. Alasan penulis, apabila tidak secara tegas dicantukan kata melawan hukum unsur berarti unsur melawan hukumnya suatu perbuatan adalah apa yang menjadi suatu larangan, baik perintah untuk melakukan sesuatu atau pun larangan untuk melakukan sesuatu yang terkandung di dalam setiap norma hukum.

E. TEORI PENYERTAAN (*DEELNEMING*)

1. Pengertian *Deelneming*

Kata *deelneming* berasal dari kata *deelnemen* (Belanda) yang diterjemahkan dengan kata "menyertai" dan *deelneming* diartikan menjadi "penyertaan".[390]

Prof. Satochid Kartanegara mengartikan *deelneming* apabila dalam satu delik tersangkut beberapa orang atau lebih dari satu orang.[391]

Lebih tepat jika *deelneming* diartikan suatu delik yang dilakukan

388 H.L.A. Hart, The Concept Of Law, Clarendo Press-Oxpord: New York, 1997, diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh M. Khozim dengan judul, Konsep Hukum, Bandung: Nusa Media, 2009, hal. 147.

389 Roeslan Saleh, Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif, Jakarta: Aksara Baru, 1983, 27.

390 M.E. Tair & H. Van der Tas, Kamus Bahasa Belanda, Indonesia-Belanda, Jakarta: Timun Mas, 1957.

391 Satochid, op.cit., hal. 497

lebih dari satu orang yang dapat dipertanggungjawabkan. Hal ini terkait dengan pertanggungjawaban.

Menurut doktrin, *deelneming* menurut sifatnya terdiri atas:

a. *deelneming* yang berdiri sendiri, yakni pertanggungjawaban dari tiap peserta dihargai sendiri-sendiri;

b. *deelneming* yang tidak berdiri sendiri, yakni pertanggungjawaban dari peserta yang satu digantungkan pada perbuatan peserta yang lain.[392]

KUHP tidak menganut pembagian *deelneming* menurut sifatnya.

Deelneming diatur dalam Pasal 55 dan 56 KUHP. Untuk jelasnya, perlu dicermati pasal-pasal tersebut. Pasal 55 KUHP berbunyi:

"(1) Dihukum sebagai pelaku suatu tindak pidana:

1. mereka yang melakukan, menyuruh melakukan, atau turut melakukan perbuatan itu;
2. mereka yang dengan memberi, menjanjikan sesuatu, salah memakai kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, paksaan atau ancaman atau penyesatan atau dengan memberikan kesempatan, ikhtiar atau keterangan, sengaja membujuk supaya perbuatan itu dilakukan.

(2) Tentang orang-orang yang disebutkan belakangan, hanyalah perbuatan yang dibujuk dengan sengaja yang diperhitungkan, beserta akibat-akibatnya."

Pasal 56 KUHP berbunyi:

"Sebagai pembantu melakukan kejahatan dihukum:

1. mereka yang dengan sengaja membantu waktu kejahatan dilakukan;
2. mereka yang dengan sengaja memberi kesempatan, ikhtiar atau keterangan untuk melakukan kejahatan itu."

Berdasarkan rumusan Pasal 55 KUHP dan Pasal 56 KUHP tersebut, terdapat 5 peranan pokok, yakni:

1. orang yang melakukan (*dader or doer*)
2. orang yang menyuruh melakukan (*doenpleger*)
3. orang yang turut melakukan (*mededader*)
4. orang yang sengaja membujuk (*uitlokker*)
5. orang yang membantu melakukan (*medeplichtige*).

392 Ibid., hal. 498

Agar kelima hal tersebut lebih jelas, perlu dicermati dengan saksama.[393]

2. Orang Yang Melakukan Delik (*Dader*/*Doer*)

Dalam kamus Bahasa Belanda, kata *dader* diartikan pembuat. Kata *dader* berasal dari kata *daad* yang artinya "membuat".[394] Akan tetapi, dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia tidak tercantum kata pembuat melainkan kata "pelaku' yang artinya antara lain:

> "(1) orang yang melakukan suatu perbuatan; (2) pemeran, pemain (sandiwara dan sebagainya); (3) yang melakukan suatu perbuatan."[395]

Dalam bahasa Inggris pelaku disebut dengan *doer*. Dengan demikian, terjemahan *dader* dengan "pembuat" adalah tidak tepat.

Yang dimaksud dengan "pelaku" (*dader/doer*) adalah orang yang memenuhi semua unsur delik sebagaimana dirumuskan oleh undang-undang, baik unsur subjektif maupun unsur objektif. Umumnya, "pelaku" dapat diketahui dari jenis delik, yakni:

a. delik formil, pelakunya adalah barang siapa yang telah memenuhi perumusan delik dalam undang-undang;
b. delik materiil, pelakunya adalah barang siapa yang menimbulkan akibat yang dilarang dalam perumusan delik;
c. delik yang memuat unsur kualitas atau kedudukan, pelakunya adalah barang siapa yang memiliki unsur kedudukan atau kualitas sebagaimana yang dirumuskan. Misalnya, dalam kejahatan jabatan, pelakunya adalah pegawai negeri.

Dader dalam pengertian luas adalah yang dimuat dalam M.v.T. pembentukan Pasal 55 KUHP, yang antara lain mengutarakan:

> "Yang harus dipandang sebagai *dader* itu bukan saja mereka yang telah menggerakkan orang lain untuk melakukan delik melainkan juga mereka yang telah menyuruh melakukan dan mereka yang turut melakukan."[396]

Secara umum, para pakar berpendapat bahwa pelaku adalah orang yang memenuhi semua unsur dari perumusan delik. Para pakar

393 Laden Marpaung, Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana, Cet.II; Jakarta: Sinar Grafika, 2005, hal. 77-78
394 M.E. Tair & H. Van der Tas, op.cit.
395 Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 2001.
396 Lamintang, Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, Bandung: Sumur Batu, 1983, hal.70

memperdebatkan tentang penentuan "pelaku" karena rumusan Pasal 55 KUHP merumuskan "sebagai pelaku". Memang ada perbedaan antara "pelaku" dengan "sebagai pelaku". Namun, pada penerapannya terutama pada pertanggungjawabannya, telah diatur oleh undang-undang sehingga pada hakikatnya tidak bermanfaat untuk diperdebatkan.

3. Orang yang Menyuruh Melakukan (*Doenpleger/ manusdomina*)

Ajaran ini disebut *middelijkedaderschap* karena diartikan sabagai *dader* tidak langsung, artinya seseorang berkehendak untuk melakukan suatu delik, tidak melakukan sendiri, tetapi menyuruh orang lain yang tidak dapat dipertanggungjawabkan. Orang yang disuruh disebut *manus ministra*, yang oleh Prof. Satochid Kartanegara disebut *onmiddelijk dader*. *Manus ministra* oleh peraturan perundang-undangan tidak dapat dihukum. Misalnya, karena hal-hal yang tercantum dalam Pasal 44 KUHP.

Yurisprudensi Mahkamah Agung, yang dimuat dalam Putusan Nomor 137 K/Kr/1956 tanggal 1-12-1956, antara lain memuat:

> "Makna dari "menyuruh melakukan" (*doenplegen*) suatu tindak pidana sebagaimana dimaksud oleh Pasal 55 ayat (1) sub. 1 KUHP, syaratnya menurut ilmu hukum pidana adalah bahwa orang yang disuruh itu tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap perbuatannya dan oleh karena itu, tidak dapat dihukum."

Rumusan "tidak dapat dipertanggungjawabkan" dan "tidak dapat dihukum" merupakan pedoman para pakar dalam menentukan orang yang disuruh melakukan delik tersebut. Prof. Simons mengutarakan bahwa orang yang disuruh tersebut harus memenuhi syarat-syarat tertentu, yakni:

1. apabila orang yang disuruh melakukan tindak pidana itu adalah seseorang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan seperti yang dimaksud dalam Pasal 44 KUHP
2. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana mempunyai *dwaling* atau suatu kesalahpahaman mengenai unsur tindak pidana yang bersangkutan;
3. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana itu sama sekali tidak mempunyai unsur *schuld*, baik *dolus* maupun *culpa*, atau pun apabila orang tersebut tidak memenuhi unsur

opzet seperti yang telah disyaratkan oleh undang-undang bagi tindak pidana tersebut;

4. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana itu tidak memenuhi unsur *oogmerk*, padahal unsur tersebut telah disyaratkan di dalam rumusan undang-undang mengenai tindak pidana di atas;
5. apabila orang yang disuruh melakukan tindak pidana itu telah melakukan di bawah pengaruh suatu *overmacht* atau di bawah pengaruh suatu keadaan yang memaksa dan terhadap paksaan itu orang tersebut tidak mampu memberi perlawanan.
6. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana dengan iktikad baik telah melaksanakan suatu perintah jabatan, padahal perintah jabatan tersebut diberikan oleh seorang atasan yang tidak berwenang memberikan perintah semacam itu;
7. apabila orang yang disuruh melakukan suatu tindak pidana itu tidak mempunyai suatu sifat tertentu, seperti yang telah disyaratkan oleh undang-undang, yakni suatu sifat yang harus dimiliki oleh pelaku sendiri".[397]

4. Orang yang Turut Melakukan (*Mededader*)

Dalam kamus Belanda-Indonesia, Indonesia-Belanda, kata *mede* identik dengan *ook* yang dalam bahasa Indonesia artinya "juga". Jadi, *mededader* berarti "*dader* juga".[398] Prof. Satochid Kartanegara menerjemahkan *mededader* dengan "turut melakukan", Lamintang dengan "pelaku penyerta" atau "turut melakukan", Mr. M.H. Tirtaatmidjaja menerjemahkannya dengan kata "bersama-sama".

Antara kata "turut melakukan" dengan kata "bersama-sama" pada hakikatnya tidak ada perbedaan. Namun pada umumnya, dalam pengertian sehari-hari cenderung istilah "bersama-sama".

Prof. Satochid Kartanegara berpendapat bahwa untuk adanya mededader harus dipenuhi 2 (dua) syarat, yakni:

a. harus ada kerja sama secara fisik;
b. harus ada kesadaran kerja sama.

Selanjutnya Prof. Satochid Kartanegara mengutarakan:

397 Ibid., hal. 583
398

> "Mengenai syarat kesadaran kerja sama itu dapat diterangkan bahwa kesadaran itu perlu timbul sebagai akibat pemanfaatan yang diadakan oleh para peserta. Akan tetapi, sudah cukup dan terdapat kesadaran kerja sama apabila para peserta pada saat mereka melakukan kejahatan itu sadar bahwa mereka bekerja sama."[399]

Pendapat Prof. Satochid Kartanegara di atas mirip dengan Memorie van Toelichting, yang berbunyi sebagai berikut:

> "Yang membedakan seorang *mededader* dari *medeplichtige* adalah bahwa orang yang disebut pertama itu secara langsung telah ikut mengambil bagian dalam pelaksanaan suatu tindak pidana yang telah diancam dengan hukuman oleh undang-undang, atau telah secara langsung turut melakukan perbuatan atau turut melakukan perbuatan yang menyelesaikan tindak pidana yang bersangkutan; sedang orang yang disebut terakhir itu hanyalah memberi bantuan untuk melakukan seperti dimaksud di atas."[400]

Mr. M.H. Tirtaamidjaja menjelaskan "bersama-sama", antara lain sebagai berikut:

> "Suatu syarat mutlak bagi bersama-sama melakukan" adalah adanya "keinsafan bekerja sama" antara orang-orang yang bekerja bersama-sama itu. Dengan perkataan lain, mereka itu secara timbal balik harus mengetahui perbuatan mereka masing-masing. Dalam sementara itu, tidak diperlukan bahwa lama sebelum perbuatan itu telah diadakan suatu persetujuan antara mereka. Persetujuan antara mereka tidak lama sebelum pelaksanaan pelanggaran pidana itu, telah cukup bagi adanya suatu keinsafan kerja sama. Orang-orang yang bersama-sama melakukan pelanggaran pidana itu, timbal balik bertanggung jawab bagi perbuatan bersama, sekedar perbuatan itu terletak dalam lingkungan sengaja bersama-sama."

Contoh:

A dan B bermufakat untuk mencuri di rumah C, jika perlu dengan melakukan kekerasan. Mereka berdua memasuki rumah si C tersebut dan mencuri beberapa barang. Saat mereka melakukan pencurian itu, si C terbangun, A menyerang si C dan melukainya dengan sebuah

399 Satochid, op.cit., hal. 568
400 Lamintang, op.cit., hal. 559

golok. B tidak turut serta menyerang si C. C kemudian meninggal dunia karena luka-luka tadi. Dalam hal ini, B turut bertanggung jawab tentang melakukan kekerasan itu meskipun ia tidak turut serta melakukannya.[401]

Berdasarkan penjelasan di atas, jelas bahwa setiap orang yang bersama-sama melakukan suatu tindak pidana bertanggung jawab sepenuhnya atas segala akibat yang timbul dalam ruang lingkup kerja sama tersebut. Apabila akibat terjadi di luar lingkup kerja sama, masing-masing bertanggung jawab sendiri-sendiri atas perbuatannya, Misalnya:

A,B,C dan D bersepakat untuk mencuri di rumah P. A dan B akan memasuki rumah P. C menjaga di depan rumah, sedang D ditugaskan untuk menjaga dan memasuki rumah dari belakang. Pada saat D memasuki rumah dari belakang, ia melihat seorang perempuan sedang tidur sedemikian rupa sehingga timbul niatnya untuk memperkosa perempuan itu, kemudian ia memperkosanya.

Terhadap perbuatan D tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada A,B, dan C, karena hal itu tidak lagi dalam ruang lingkup kerja sama mereka. Dengan perkataan lain, terhadap D dibebankan tanggung jawab pemerkosaan yang dilakukannya.

5. Orang yang Sengaja Membujuk (Uitlokker)

Hal itu diatur dalam Pasal 55 ayat (1) sub.2 (ke-2) yang berbunyi sebagai berikut:

> "Mereka yang dengan pemberian, perjanjian, salah memakai kekuasaan atau derajat (martabat) dengan paksaan, ancaman atau tipu atau dengan memberikan kesempatan, ikhtiar atau keterangan, dengan sengaja membujuk supaya perbuatan itu dilakukan.

Sebagian pakar berpendapat bahwa *uitlokking* di atas termasuk *deelneming* yang berdiri sendiri.

Uitlokking adalah setiap perbuatan yang menggerakkan orang lain untuk melakukan suatu perbuatan terlarang dengan menggunakan cara dan daya upaya yang ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2.

Menurut doktrin, oorang yang menggerakkan orang lain untuk melakukan tindak pidana disebut *actor intelectualis* atau *intelectueel dader* atau *provocateur* atau *uitlokker*.

Orang yang sengaja membujuk (*uitlokker*) dengan orang yang menyuruh (*doenpleger*) memiliki persamaan, yakni sama-sama

401 Tirtaamidjaja, Pokok-Pokok Hukum Pidana, Jakarta: Fasco, 1955, hal. 97-98

menggerakkan orang lain. Adapun perbedaannya adalah:

a. pada pertanggungjawaban, yakni pada *doenplegen* si pelaku tidak dapat dipertanggungjawabkan, sedang pada *uitlokking* si pelaku dapat dipertanggungjawabkan;
b. cara-cara menggerakkan orang lain (pelaku) tersebut, pada *uitlokking* ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP, sedang pada *doenplegen* tidak ditentukan.

Berdasarkan rumusan Pasal 55 ayat (1) ke-2, dapat diketahui unsur-unsur *uitlokking* (membujuk) sebagai berikut:

a. kesengajaan si pembujuk ditujukan pada dilakukannya delik tertentu oleh yang dibujuk;
b. membujuk orang itu dilakukan dengan cara-cara yang ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP;
c. orang yang dibujuk itu sungguh-sungguh telah terbujuk untuk melakukan delik tertentu;
d. orang yang dibujuk, benar-benar telah melakukan delik, setidak-tidaknya melakukan percobaan.

Untuk memahami dengan seksama persepsi masing-masing unsur di atas, maka perlu dicermati satu per satu:

a. Kesengajaan si pembujuk ditujukan pada dilakukannya delik tertentu oleh yang dibujuk.

   Hubungan langsung kesengajaan tersebut dapat dilihat pada kutipan ini:

   "...harus adanya hubungan langsung antara "sengaja membujuk' dan "delik" yang benar-benar dilakukan (oleh yang dibujuk) itu tidaklah bararti harus adanya *identiteit* (kesamaan) penuh antara delik yang dikehendaki oleh yang membujuk supaya dilakukan dan delik yang benar-benar dilakukan tersebut. Jadi, baik ditinjau dari sudut fakta maupun ditinjau dari sudut yuridis, tidak perlu ada *indentiteit* penuh itu. A sengaja membujuk B seorang masinis kapal untuk menenggelamkan sebuah kapal. B melakukan perbuatan menenggelamkan kapal itu bersama-sama dengan orang lain. Jadi, ada turut melakukan tanpa A mengetahui terlebih dahulu. Biarpun demikian, A juga dihukum karena sengaja membujuk penenggelaman kapal.[402]

402 E. Utrecht, Hukum Pidana II, Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1987, hal. 46

b. Membujuk orang itu dilakukan dengan cara-cara yang ditentukan dalam Pasal 55 ayat (1) ke-2 KUHP.
Cara-cara dimaksud adalah:

1) Pemberian
Bentuk pemberian tesebut dapat berupa uang, benda, atau hak atas suatu barang tertentu.

2) Perjanjian
Perjanjian lebih luas dari pemberian karena selain dapat menjanjikan uang, benda atau hak atau barang tertentu, juga dapat berupa pangkat, kedudukan bahkan berbagai hubungan.

3) Salah memakai kekuasaan (*misbruik van gezag*)
Kekuasaan yang dimaksud di sini adalah kekuasaan yang dimiliki seseorang terhadap orang lain yang dapat berupa kekuasaan dalam lingkungan jabatan, atau dapat juga berupa kekuasaan orang tua terhadap anak. Mengenai "kekuasaan", tidak dapat terlepas dari "atasan" dan "bawahan" atau "majikan" dan "pekerja" (pegawai atau buruh). E. Utrecht menyebut "dalam hubungan dinas", tetapi sesungguhnya lebih tepat "hubungan kerja" karena kata "dinas" seolah-olah berarti jabatan pemerintahan.

4) Menyalahgunakan jabatan atau martabat
Lamintang menerjemahkan *misbruik van gezag* dengan "menyalahgunakan keterpandangan", sedang E. Utrecht, menerjemahkannya dengan "salah memakai pengaruh". Hal ini merupakan kekhususan di dalam masyarakat Indonesia, yaitu masih ditemuinya feodalisme dan berbagai aliran religius yang memandang tinggi kepada orang-orang yang mempunyai kedudukan, misalnya bangsawan atau keturunan raja, kasta tertinggi, pemimpin atau pengurus agama, kepala desa, camat, dan lain-lain.

5) Kekerasan
Kekerasan yang dimaksud di sini adalah kekerasan fisik yang lunak, yakni kekerasan yang sifatnya sedemikian rupa sehingga tidak termasuk kekerasan yang tidak dapat dielakkan, karena jika demikian si pelaku menjadi

overmacht dan karenanya bukan *uitlokking* yang terjadi melainkan *doenplegen*.

6) Ancaman

Ancaman ini termasuk kekerasan tetapi lebih bersifat psikis, yang dalam hal ini (*uitlokking*) juga merupakan hal yang dapat dielakkan sehingga tidak termasuk *overmacht*.

7) Tipu (*misleiding*)

E. Utrecht sangat tepat menjelaskan hal "tipu daya" ini, antara lain sebagai berikut.

"Tipu daya terjadi apabila si pembujuk menimbulkan kecenderungan pada seseorang (yang dibujuk) untuk berbuat pelanggaran, disebabkan keterangan palsu (yang memberi gambaran salah tentang suatu keadaan) yang oleh si pembujuk disampaikan kepada orang itu. Andai kata keterangan palsu tersebut tidak disampaikan kepada yang dibujuk, maka yang dibujuk tidak akan berbuat melanggar itu.

Keterangan palsu itu menimbulkan pada yang dibujuk rasa iri hati, rasa takut, rasa benci, dan rasa balas dendam yang semuanya akan terjelma dalam satu perbuatan melanggar.[403]

8) Memberikan Kesempatan, Ikhtiar, atau Keterangan.

Kesempatan, misalnya seorang pembantu tidak mengunci salah satu jendela, agar orang lain dapat masuk ke rumah; Ikhtiar yaitu sarana, misalnya meminjamkan sepucuk senjata; keterangan, misalnya memberitahu bahwa nanti malam majikannya tidak berada di rumah.

c. *Orang yang dibujuk itu sungguh-sungguh telah terbujuk untuk melakukan delik tertentu.*

d. Orang yang dibujuk benar-benar telah melakukan delik, setidak-tidaknya melakukan percobaan.

Orang yang dibujuk tersebut memenuhi beberapa persyaratan sebagai pelaku (*dader/doer*). Dengan demikian, terhadap percobaan (*poging*), orang yang dibujuk juga tidak dikecualikan. Hal ini sesuai dengan pendapat *Hoge Raad* yang tercantum pada *arrest* tanggal 2 Januari 1933, N.J. 1933, No. 12582, yang berbunyi:

403 E. Utrecht, Op.cit., hal. 55

> "Suatu *uitlokking* itu juga dapat dihukum walaupun perbuatan pelaku materiilnya itu hanya menghasilkan suatu percobaan yang dapat dihukum".

Sering dipermasalahkan, sajauh mana tanggung jawab si pembujuk dan sejauh mana tanggung jawab orang yang dibujuk.

Hal ini sebenarnya tidak perlu dipermasalahkan karena si pembujuk jelas-jelas menghendaki direalisasikan atau diwujudkan kehendaknya, misalnya A dibujuk untuk membunuh si B, Bukan si C. Jika si C yang terbunuh, pelakunya adalah A (yang dibujuk membunuh si B). Dengan demikian, matinya si C jelas merupakan tanggung jawab si A karena si pembujuk tidak pernah membicarakan kematian C.

Lain halnya, jika A selaku orang yang dibujuk hendak membunuh B, tetapi karena meleset, tembakan mengenai diri C. Dalam hal ini si pembujuk dapat dipertanggungjawabkan terhadap percobaan pembunuhan terhadap B. Adapun terhadap kematian C, si pembujuk tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban.

> Hal di atas sesuai dengan rumusan Pasal 55 ayat (2) yang berbunyi: "Orang-orang yang disebut belakangan, yang boleh dipertanggungjawabkan padanya hanyalah perbuatan yang dibujuk dengan sengaja oleh mereka itu serta akibat perbuatannya."

Berdasarkan rumusan Pasal 55 ayat (2) KUHP, perbuatan orang yang dibujuk, selain dari yang dibujuk adalah di luar tanggung jawab petunjuk. Misalnya: A membujuk si B agar mencuri jasnya si C dengan janji akan diberikan Rp. 1.000.000,00. Pada saat B melakukan pencurian, ia kepergok oleh pembantu C bernama D. Karena kepergok, B menikam D dengan sebilah pisau. Dalam kasus tersebut, A tidak bertanggung jawab terhadap penikaman (penganiayaan) terhadap D.

6. Membantu (*Medeplictigheid*)

Membantu melakukan kejahatan diatur dalam Pasal 56 KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

"Sebagai pembantu melakukan kejahatan dihukum:

1. mereka yang dengan sengaja membantu saat kejahatan itu dilakukan.
2. mereka yang dengan sengaja memberi kesempatan, ikhtiar atau keterangan untuk melakukan kejahatan itu."

Dalam memahami Pasal 56 KUHP, perlu diperhatikan lebih dahulu rumusan Pasal 57 ayat (4) KUHP yang berbunyi sebagai berikut:

> "Untuk menentukan hukuman bagi pembantu, hanya diperhatikan perbuatan yang dengan sengaja memudahkan atau diperlancar oleh pembantu itu serta akibatnya."

Yang dimaksud rumusan "dengan sengaja memudahkan" adalah perbuatan yang memudahkan si pelaku untuk melakukan kejahatan tersebut, yang dapat terdiri atas berbagai bentuk atau jenis, baik materiil atau inmateriil. Dalam hal ini, perlu diperhatikan pendapat Mr. M.H. Tirtaamidjaja, yang menyatakan:

> "...suatu bantuan yang tidak berarti tidak dapat dipandang sebagai bantuan yang dapat dihukum."[404]

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, dimuat arti kata "membantu", yaitu:

1. tolong...,
2. penolong..., membantu, memberi sokongan...."[405]

Dengan demikian, perbuatan membantu tersebut sifatnya menolong atau memberi sokongan. Dalam hal ini, tidak boleh merupakan perbuatan pelaksanaan. Jika telah melakukan perbuatan pelaksanaan, pelaku telah termasuk *mededader,* bukan lagi membantu.

Mengenai rumusan "sengaja", dalam hal ini telah cukup jika yang bersangkutan mengetahui bahwa apa yang dilakukannya itu akan memudahkan pelaksanaan kejahatan itu atau apa yang dilakukannya berhubungan dengan kejahatan yang akan dilakukan.

Prof. Simons menyatakan bahwa "membantu" harus memenuhi dua unsur, yakni unsur objektif dan subjektif. Hal tersebut diutarakan sebagai berikut.

"Perbuatan seseorang yang membantu itu dapat disebut telah memenuhi unsur yang bersifat objektif apabila perbuatan yang telah dilakukannya tersebut memang telah ia maksudkan untuk mempermudah atau untuk mendukung dilakukannya suatu kejahatan. Dalam hal seorang yang membantu telah menyerahkan alat-alat untuk melakukan kejahatan kepada seorang pelaku, namun ternyata alat-alat tersebut tidak digunakan oleh si pelaku, yang membantu tersebut juga tidak dapat dihukum.

404 Tirtaamidjaja, op.cit., hal. 104

405 Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 2001

Perbuatan seseorang yang membantu dapat disebut memenuhi unsur yang bersifat subjektif apabila si pembantu memang mengetahui bahwa perbuatannya itu dapat mempermudah atau dapat mendukung dilakukannya suatu kejahatan...."[406]

Semua yang telah dibicarakan di atas adalah "membantu" suatu kejahatan dengan perbuatan yang bersifat aktif. Adakalanya perbuatan "membantu" dilakukan tanpa berbuat atau bersifat pasif. Hal ini dapat terjadi jika seseorang berkewajiban untuk berbuat tetapi "tidak berbuat", misalnya petugas ronda sengaja tidak melakukan ronda agar maling dapat masuk ke rumah A, atau penjaga gudang, walaupun barang di gudang diambil orang, ia diam saja tanpa berusaha melarang atau mencegah.

Ada perbuatan "membantu" yang dianggap oleh KUHP sebagai perbuatan atau delik yang berdiri sendiri, antara lain seperti yang dimuat dalam Pasal 106, Pasal 107, Pasal 108, Pasal 110, Pasal 236, dan Pasal 237 KUHP.

Pertanggungjawaban dari "membantu" diatur dalam Pasal 57 KUHP yang berbunyi"

(1) Maksimun hukuman pokok yang diancamkan atas kejahatan, dikurangi sepertiga bagi si pembantu.
(2) Jika kejahatan itu dapat dihukum dengan hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup, maka dijatuhkan hukuman penjara selama-lamanya lima belas tahun.
(3) Hukuman tambahan untuk kejahatan dan membantu melakukan kejahatan itu, sama saja.
(4) Untuk menentukan hukuman bagi pembantu hanya diperhatikan perbuatan yang dengan sengaja memudahkan atau diperlancar oleh pembantu itu serta akibatnya,

F. TEORI PERCOBAAN (ATTEMP/POGING)

Percobaan tindak pidana adalah tidak selesainya perbuatan pidana karena adanya faktor eksternal, namun si pelaku ada niat dan adanya permulaan perbuatan pidana.[407] Dengan perkataan lain, percobaan tindak pidana

406 Lamintang, op.cit., hal. 620

407 Jaih Mubarak, Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah, Bandung: Bani Quraisy, 2004, hal. 177. Dalam hal percobaan melakukan kejahatan, di dalam hukum pidana islam lebih menekankan pada jarimah yang telah selesai dan

adalah tidak selesainya perbuatan pidana karena adanya faktor eksternal, namun si pelaku ada niat dan adanya permulaan perbuatan pidana.[408]

Perbuatan-perbuatan tersebut adakalanya telah dilakukan dan adakalanya tidak selesai karena ada sebab-sebab dari luar. Suatu perbuatan yang tidak selesai ini dalam hukum positif disebut perbuatan percobaan. Kitab Undang-undang Hukum Pidana telah membuat "percobaan untuk melakukan kejahatan" atau "*poging tot misdrijf*" itu sebagai suatu perbuatan yang terlarang dan telah mengancam pelakunya dengan suatu hukuman.[409]

Menurut Wirjono Prodjodikoro bahwa "pada umumnya kata percobaan atau *poging* berarti suatu usaha mencapai suatu tujuan, yang pada akhirnya tidak atau belum tercapai".[410]

Menurut R. Soesilo, percobaan yaitu menuju kesesuatu hal, akan tetapi tidak sampai pada hal yang dituju itu, atau hendak berbuat sesuatu, sudah dimulai, akan tetapi tidak selesai, misalnya bermaksud membunuh orang, orang-orangnya tidak mati, hendak mencuri barang, tetapi tidak sampai dapat mengambil barang itu.[411] Demikian juga Jonkers menyatakan bahwa "mencoba berarti berusaha untuk mencapai sesuatu, tetapi tidak tercapai".[412]

Pasal 53 KUHP merumuskan:

(1). Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri.

---

belum selesai. Berkenaan dengan hal tersebut, di kalangan fuqaha nampak adanya pembahasan tentang percobaan melakukan "jarimah mustahil" yang terkenal di kalangan sarjana-sarjana hukum positif dengan nama "oendeug delijke poging" (percobaan tak terkenan = as-syuru fi al Jarimah almustahilah), yaitu suatu jarimahyang tidak mungkin terjadi (mustahil) karena alat-alat yang dipakai untuk melakukannya tidak sesuai, seperti orang yang mengarahkan senjata kepada orang lain dengan maksud untuk membunuh, tetapi ia sendiri tidak tahu bahwa senjata itu tidak ada pelurunya atau ada kerusakan bagian-bagiannya, sehingga orang lain tersebut tidak meninggal. Atau boleh jadi karena barang perkara (voonverp) yang menjadi objek perbuatannya tidak ada, seperti orang yang menembak orang lain dengan maksud untuk membunuhnya, sedangkan sebenarnya orang tersebut telah meninggal sebelumnya. Lihat, Ahmad Hanafi, Asas-Asas Hukum Pidana Islam, Jakarta: Bulan Bintang, 1990, hal. 1.

408 Jaih Mubarak dan Enceng Arif Faizal, Op.cit., hal. 177.

409 PAF., Lamintang, Op.cit., hal. 510.

410 Wirjono Prodjodikoro, Op.cit., hal. 97.

411 R. Soesilo, Op.cit., hal. 69.

412 J.E., Jonkers, Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht),terj. Tim Penerjemah Bina Aksara, "Hukum Pidana Hindia Belanda", Jakarta: PT. Bina Aksara, 1987, hal. 155.

(2). Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dalam hal percobaan dikurangi sepertiga.
(3). Jika kejahatan diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, dijatuhkan pidana penjara paling lama lima belas tahun.
(4). Pidana tambahan bagi percobaan sama dengan kejahatan selesai.[413]

Dalam undang-undang tidak dijumpai definisi atau pengertian tentang apa yang dimaksud dengan percobaan (*poging*) dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP di atas, tidaklah merumuskan perihal pengertian mengenai percobaan, melainkan merumuskan tentang syarat-syarat (3 syarat) untuk dapat dipidananya bagi orang yang melakukan percobaan kejahatan (*poging tot misdrijf*). Pengertian menurut tata bahasa tersebut di atas tidaklah dapat digunakan sebagai ukuran dari percobaan (melakukan kejahatan) sebagaimana dalam hukum pidana. Menurut hukum pidana untuk terjadinya percobaan (kejahatan) sehingga dapat dipidana mempunyai ukuran yang khusus dan lain dari ukuran percobaan menurut arti tata bahasa.[414]

Ukuran percobaan menurut arti tata bahasa hanyalah salah satu aspek saja dari percobaan sebagaimana yang dikenal dalam hukum pidana. Satu aspek itu ialah bahwa dalam percobaan melakukan kejahatan yang dapat dipidana, si pembuat telah memulai melakukan perbuatan yang perbuatan mana tidak menjadi selesai, berupa aspek yang sama dengan pengertian pertama menurut tata bahasa tersebut di atas. Tetapi dalam hukum pidana, untuk dapatnya dipidana bagi si pembuat pencoba kejahatan tidaklah cukup demikian, tetapi jauh lebih luas baik dari sudut subjektif si pembuat maupun sudut objektif perbuatannya yang walaupun baru dimulai tersebut.

Tentang syarat untuk dapat dipidananya pembuat percobaan kejahatan dirumuskan dalam pasal 53 ayat (1) yakni:

"*Poging tot misdrijf, wanneer het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaar en de uitvoering allen*

413 Moeljatno, KUHP, Jakarta: PT Bumi Aksara, 2003, hal. 24. Berkenaan dengan percobaan Dalam Pasal 45 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Mesir dijelaskan tentang pengertian percobaan yaitu mulai melaksanakan suatu perbuatan dengan maksud melakukan (jinayahatau janhah), tetapi perbuatan tersebut tidak selesai atau berhenti karena ada sebab yang tidak ada sangkut pautnya dengan kehendak pelaku.. Ahmad Wardi Muslich, Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayah, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hal. 60. Bandingkan konsep percobaan pidana inonesia dan pidana percobaan dengan negara islam, Misalnya Mesir.

414 R. Soesilo, Op.cit., hal.70.

ten gevolge van omstandigheden van zijnen wil onafhankelijk, niet is voltooid".[415] Oleh BPHN diterjemahkan: "Mencoba melakukan kejahatan dipidana, jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan, dan tidak selesainya pelaksanaan itu, bukan semata-mata disebabkan karena kehendaknya sendiri".[416]

Jadi ada 3 syarat[417] yang harus dipenuhi, ialah:

1. adanya niat;
2. adanya permulaan pelaksanaan;
3. pelaksanaan tidak selesai yang bukan disebabkan karena kehendaknya sendiri.

Dengan merumuskan Pasal 53 (1) ini maka pembebanan pertanggungan jawab menjadi diperluas, dan dengan demikian diperluas pula tentang dapat dipidananya si pembuat. Hal ini adalah kebalikan dari pembatasan dapat dipidananya perbuatan, seperti pada alasan-alasan penghapus pidana (*strafuitsluitingsgronden*) baik menurut rumusan undang-undang, maupun di luar undang-undang (contoh kehilangan sifat melawan hukumnya perbuatan secara materiil).[418]

Di dalam konteks kajian percobaan dalam hukum pidana dikenal istilah *Ondeugdelijke Poging*[419], Menurut Loebby Loqman "*ondeugdelijke*

415 P.A.F. Lamintang, Op.cit., hal. 153.

416 Ibid., hal. 154.

417 Mengenai sebab mengapa Undang-undang merumuskan tersendiri tentang syarat-syarat untuk dapatnya dipidana pada percobaan kejahatan, ialah karena menurut bunyi rumusan semua tindak pidana, pembuatnya dipidana apabila tindak pidana itu telah selesai diwujudkan,artinya dari perbuatan yang dilakukan si pembuat semua unsur tindak pidana telah terpenuhi. Pembentuk Undang-undang merasa perlu pula membebani tanggung jawab pidana dengan mengancam pidana pada si pembuat yang belum sepenuhnya mewujudkan tindak pidana secara sempurna sebagaimana yang dirumuskan Undang-undang. Adapun alasannya, dapat dilihat dari 2 (dua) sudut, ialah bahwa walaupun kejahatan itu tidak terselesaikan secara sempurna: (1) pada orang yang mempunyai niat (voornemen) jahat untuk melakukan kejahatan yang telah memulai melaksanakannya (sudut subjektif); dan atau (2) pada wujud perbuatan nyata dari orang itu yang berupa permulaan pelaksanaan (sudut objektif) dari suatu kejahatan; dipandang telah membahayakan suatu kepentingan hukum yang dilindungi Undang-undang. Agar niat jahat orang itu tidak berkembang lebih jauh dengan diwujudkan sedemikian rupa ke dalam pelaksanaan sehingga pelaksanaan menjadi selesai sempurna, maka untuk pencegahannya kepada orang seperti itu telah patut diancam pidana. Mengancam pidana pada percobaan, menurut Jonkers adalah bertujuan untuk pemberantasan kehendak yang jahat yang ternyata dalam perbuatan-perbuatan dan perlindungan terhadap hukum, yang diancam dengan bahaya. Ibid., hal. 155.

418 Ibid., hal. 74.

419 Ada beberapa terjemahan "ondeugdelijke poging" kedalam bahasa Indonesia. Buku van Bemmelen diterjemahkan dengan "percobaan yang tidak cocok". Sedangkan Satochid Kartanegara menterjemahkan dengan "percobaan yang tidak sempurna". Lihat, Loebby Loqman, Percobaan, Penyertaan dan Gabungan Tindak Pidana, Jakarta: UPT Penerbitan, 1995, hal.35. Wirjono Prodjodikoro menterjemahkan dengan "percobaan

poging" (percobaan tidak mampu) adalah suatu perbuatan meskipun telah ada perbuatan yang dianggap permulaan pelaksanaan. Akan tetapi oleh karena sesuatu hal, bagaimanapun perbuatan yang diniati itu tidak mungkin akan terlaksana. Atau dengan kata lain, suatu perbuatan yang merupakan percobaan, akan tetapi melihat sifat dari peristiwa itu, tidak mungkin pelaksanaan perbuatan yang diniati akan terlaksana sesuai dengan harapannya.[420]

Ada dua penyebab tidak sempurnanya percobaan tersebut. Yang pertama karena "sarananya" yang tidak sempurna dan yang kedua mungkin karena "sasarannya" tidak sempurna. Masing-masing ketidak sempurnaan tersebut ada dua macam, yakni tidak sempurna secara mutlak dan tidak sempurna secara nisbi.

Untuk lebih jelasnya diberikan contoh secara terperinci sebagai berikut:

1. a. Ketidaksempurnaan sarana secara mutlak (*absoluut ondeugdelijke middel*).

   Misalnya, A ingin membunuh B dengan menggunakan racun *arsenicum*. Pada saat B lengah A memasukkan "*arsenicum*" ke dalam minuman B. Akan tetapi B tetap hidup karena ternyata yang dimasukkan ke dalam minuman B bukan *arsenicum*, akan tetapi gula pasir.

   b. Ketidaksempurnaan sarana secara nisbi (*relatieve ondeugdelijke middel*).

Peristiwanya seperti di atas, akan tetapi A memberikan racun *arsenicum* ke dalam minuman B dalam dosis yang tidak mencukupi agar B dapat mati.

2. a. Ketidak sempurnaan sasaran secara mutlak (*absoluut ondeugdelijke object*)

   A ingin membunuh B. Pada suatu malam A masuk ke kamar tidur B dan menikam B. Ternyata bahwa B telah meninggal dunia sebelum

secara tidak tepat". Lihat, Wirjono Prodjodikoro, Op.cit., hal. 102. Menurut, PAF. Lamintang menterjemahkan dengan "percobaan yang tidak sempurna". P.A.F. Lamintang, op.cit., hal. 553. Sedangkan Leden Marpaung menterjemahkan dengan "percobaan yang tidak berfaedah". Lihat, Leden Marpaung, Op.cit., hal. 96. Muljatno menterjemahkan dengan "Percobaan Yang Tidak Mampu". Moeljatno, Delik-Delik Percobaan, Delik-Delik Penyertaan, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985, hal. 42. Demikian pula Barda Nawawi Arief menterjemahkan dengan "percobaan tidak mampu", ini sama dengan terjemahan Moeljatno. Barda Nawawi Arief, , Sari Kuliah Hukum Pidana II, Semarang: Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fak. Hukum UNDIP, 1999. hal. 18.

420 Loebby Loqman, Op.cit., hal. 35.

ditikam A. Dalam hal ini A tidak mengetahui karena kamar tidur B yang gelap. Jadi A telah menikam mayat.

b. Ketidaksempurnaan sasaran secara nisbi (*relatieve ondegdeulijke object*).

A ingin membunuh B. B mengetahui bahwa dirinya terancam oleh A sehingga B selalu keluar rumah dengan mengenakan "rompi" anti peluru di dalam bajunya. Ketika terjadi penembakan oleh A, meskipun mengenai dada B, karena mengenakan rompi anti peluru, B tidak mati.

Contoh lainnya, brankas yang pada umumnya berisi uang, yang pada umumnya pencuri yang membongkar brankas dapat mengambil uang didalamnya (pencurian). Tetapi dalam keadaan tertentu, misalnya siang harinya uang telah digunakan untuk pembayaran gaji pegawai, sehingga brankas itu kosong. Maka malam hari pencuri membongkar brankas tersebut, tidak dapat menyelesaikan pencurian. Jadi brankas dalam keadaan kosong adalah objek yang tidak sempurna relatif.

Pada contoh peristiwa di atas, pembuat telah menjalankan perbuatan perusakan brankas, dan oleh karena itu telah terdapat permulaan pelaksanaan dari pencurian yang untuk masuk ke tempat melakukan kejahatan atau sampai pada barang yang diambil dengan merusak (363 KUHP), atau juga telah dapat dipidana karena perusakan benda (406 KUHP). Dalam kasus seperti contoh di atas, Hoge Raad telah memberikan sesuatu yang penting, ialah sebagaimana dalam pertimbangan hukum *arrest*nya (25-8-1931) yang menyatakan bahwa "kenyataan bahwa di dalam laci penjualan itu tidak terdapat uang, tidak menghapus kenyataan tentang adanya suatu percobaan untuk melakukan pencurian dengan kekerasan".

Selain itu, pada alat yang tidak sempurna mutlak, tidaklah dapat melahirkan tindak pidana. Melakukan perbuatan dengan maksud mewujudkan kejahatan, dengan menggunakan alatnya yang tidak sempurna mutlak, maka kejahatan itu tidak terjadi, dan tidak mungkin terjadi. Misalnya menembak musuhnya dengan bedil yang lupa mengisi pelurunya, maka secara mutlak pembunuhan tidak mungkin terjadi. Oleh karena itu, percobaannya juga tidak mungkin terjadi. Syarat-syarat yang ditentukan dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP tidak mungkin ada dalam alat yang tidak sempurna mutlak.

Dalam hal percobaan tidak mampu karena objeknya yang tidak mampu mutlak, MvT WvS Belanda menerangkan[421] bahwa "syarat-syarat umum percobaan menurut Pasal 53 KUHP yaitu syarat-syarat percobaan untuk melakukan kejahatan tertentu dalam buku II KUHP. Jika untuk terwujudnya kejahatan tertentu tersebut diperlukan adanya objek, maka percobaan melakukan kejahatan itu pun harus ada objeknya. Kalau tidak ada objeknya, maka tidak ada percobaannya".

Dengan keterangan dari MvT tersebut, tampak dengan jelas bahwa jika tidak ada objek kejahatan, karena objeknya tidak sempurna mutlak, maka tidak mungkin adanya kejahatan, dan dengan demikian maka tidak mungkin pula ada percobaannya. Jikalau percobaannya tidak ada, maka tidak perlu memperpanjang persoalan yang sesungguhnya tidak ada.

Oleh karena itu, dapat ditarik kesimpulan bahwa dari apa yang diterangkan dalam MvT tersebut, bahwa percobaan tidak mampu itu hanya ada pada alat yang tidak sempurna saja, dan tidak pada objeknya yang tidak sempurna.

Bahwa perbedaan percobaan tidak mampu dengan percobaan mampu baik karena alatnya maupun objeknya yang tidak sempurna, baik secara mutlak maupun secara relatif hanya ada menurut mereka yang berpandangan objektif. Bagi mereka yang menganut ajaran percobaan subjektif tidak mengenal pemisahan antara percobaan mampu dengan yang tidak mampu, karena bagi penganut ajaran subjektif dasar dapat dipidananya percobaan kejahatan itu terletak pada sikap batin yang jahat yang membahayakan kepentingan hukum yang dilindungi. Seperti Van Hamel penganut ajaran subjektif yang mengatakan bahwa "ada perbuatan pelaksanaan, jika dari apa yang telah dilakukan, sudah ternyata kepastiannya niat untuk melakukan kejahatan".[422]

Nyatalah untuk mencari jawaban mengenai suatu objek atau alat dalam percobaan mampu atau tidak mampu, atau apakah mutlak atau relatif, ataukah tidak dapat dipidana atau dapat dipidana, bergantung daripada bagaimana cara menafsirkannya. Tentang bagaimana para ahli menafsirkan peristiwa-peristiwa tertentu apakah masuk percobaan mampu atau tidak mampu (relatif atau absolut), atau dapat dipidana atau tidak dapat dipidana, dapat diikuti pendapat beberapa di antara mereka di bawah ini.

421 MvT (Memorie van Toelichting/memori penjelasan undang-undang), WvS (Wet boek van Straftrecht/Kitab Undang-Undang Hukum Pidana)

422 Moeljatno, Delik-Delik Percobaan, Delik-Delik Penyertaan, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985, hal. 22.

Dalam hubungan ini Simons menerangkan bahwa "percobaan yang mampu ada apabila perbuatan dengan menggunakan alat tertentu dapat membahayakan benda hukum (*rechts goed*). Tetapi jika dipakai alat yang menurut keadaannya yang normal kejahatan tidak dapat timbul, di situ juga tidak ada percobaan yang mampu. Meskipun demikian jika ternyata, alat yang pada umumnya (misalnya gula) tidak berbahaya, tetapi dalam keadaan tertentu (bagi pengidap penyakit gula) dapat membahayakan orang itu, padahal dengan sengaja alat ini dipakai, maka sangkaan tidak berbahayanya alat (gula) tadi menjadi hapus manakala dibuktikan sebaliknya.[423]

Bagi Pompe melihatnya dengan dasar yang agak lain, di mana beliau mengatakan bahwa "ada percobaan mampu apabila perbuatan dengan memakai alat yang mempunyai kecenderungan (*strekking*) atau menurut sifatnya (*naar haar aard*) mampu untuk menimbulkan penyelesaian kejahatan yang dituju. Sifat yang demikian ini tidak ada dalam hal percobaan yang tidak mampu absolut, seperti pada contoh orang mencoba membunuh orang dengan mendoakan dia secara terus-menerus supaya mati, yang pada contoh ini doa tidak mempunyai sifat yang cenderung mampu menimbulkan kematian orang. Demikian juga pada contoh orang yang mencoba meracun dengan gula dan soda. Bagi beliau, untuk menentukan relatif ataukah absolutnya ketidakmampuan itu, tidak memandangnya dari sudut abstraknya saja, akan tetapi harus dipandang dari sudut konkret berhubung dengan perbuatan dalam keadaan seluruhnya kejadian.

Atas dasar pandangan Pompe ini, maka contoh orang yang dengan maksud membunuh musuhnya, yang sebelumnya datang ke apotek untuk membeli *arsenicum* yang karena kekeliruan pegawainya telah memberikan gula, yang kemudian orang itu memasukkan pada minuman yang disuguhkan pada musuhnya, sehingga tidak menimbulkan kematian, tidaklah boleh dipandang dari sudut gulanya semata, tetapi harus dipandang dari seluruh kejadiannya. Dari pandangan ini, maka pada peristiwa ini telah ada percobaan yang dapat dipidana. Tampaknya Pompe telah mengambil sikap dalam menghadapi persoalan mampu dan tidak mampunya percobaan itu atas dasar tidak murni abstrak dan juga tidak murni konkret, sebab, jika berpandangan murni abstrak (tidak dihubungkan pada keadaan konkret ternyata gula), *arsenicum* adalah

423 Adami Chazawi, Pelajaran Hukum Pidana Bagian 3, Jakarta: PT raja Grafindo Persada, 2002. hal. 53.

mutlak menimbulkan kematian, maka gula tidak menimbulkan kematian. Tetapi jika dipandang murni konkret, yakni gula, maka gula adalah alat yang tidak mampu menimbulkan kematian. Tidak demikian jika dilihat dari seluruh kejadian dalam peristiwa itu, mulai dari timbulnya niat membunuh dengan membeli *arsenicum* di apotek (yang keliru diberikan gula), yang kemudian mencampurkannya pada minuman dan seterusnya dipandang telah cukup membahayakan nyawa orang itu, di sini menurut beliau telah terjadi percobaan pembunuhan. Sebenarnya pandangan Pompe ini berpijak dari ajaran percobaan subjektif, yang mementingkan sikap batin si pembuat, sebagaimana ternyata dari rangkaian perbuatan yang dilakukan orang itu telah membuktikan secara kuat adanya niat untuk membunuh.[424]

Pandangan Pompe ini lemah, karena jika dilihat dari syarat dipidananya percobaan kejahatan pada Pasal 53 ayat (1) KUHP. Perbuatan demikian tidak dapat lagi disebut pelaksanaan tidakselesai, tetapi telah selesai penuh, hanya akibat saja yang tidak timbul berhubung alatnya yang mutlak tidak sempurna. Sedangkan dalam hal ini tidak ada kejahatan selesai, mengingat akibat tidak timbul. Syarat mutlak pembunuhan, harus timbulnya akibat kematian.

Jonkers dalam hal melihat percobaan itu sebagai tidak selesainya tindak pidana karena suatu keadaan yang tidak tergantung daripada kehendak si pembuat, maka dalam hal percobaan tidak mampu yang alatnya tidak sempurna relatif, seperti pada contoh kejahatan menembak boneka dari lilin (yang dikira orang yang dituju), dan contoh melakukan pengguguran kandungan pada perempuan (yang ternyata) tidak sedang hamil, walaupun dalam hal ini tidak akan terjadi tindak pidana selesai, bukan berarti tidak ada percobaan.[425]

Lain lagi Van Hattum. Menurut beliau dalam menghadapi persoalan percobaan tidak mampu yang dapat dipidana atau tidak dapat dipidana dengan menggunakan ajaran adekuat kausal, yang penting ialah bagaimana caranya kita mem*formulering* perbuatan si pembuat dalam menggeneralisir perbuatan itu sedemikian rupa untuk dapat ditentukan apakah perbuatan itu adequat menimbulkan akibat yang dapat dipidana ataukah tidak. Beliau memberikan contoh: orang hendak membunuh musuhnya dengan bedil. Bedil itu diisinya dengan peluru,

424 Ibid., hal. 53-54.
425 J.E. Jonkers, Op.cit., hal. 165.

kemudian diletakkan di suatu tempat. Tanpa diketahuinya, ada orang lain mengosongkan bedil itu. Ketika musuhnya itu lewat, bedil diambil dan ditembakkan pada musuhnya, tapi tidak meletup, karena tidak ada mesiunya. Dalam hal ini keadaan-keadaan konkret haruslah di*formulering* sedemikian rupa, namun tidak semua keadaan konkret masuk dalam pertimbangan. Keadaan konkret yang terjadi secara kebetulan tidak perlu dimasukkan dalam pertimbangan. Dalam contoh ini, keadaan konkret yang kebetulan ialah adanya orang yang mengosongkan bedil, hal ini tidak perlu dimasukkan dalam pertimbangan. Dengan demikian maka pada kejadian ini, dapat di*formulering* sebagai berikut: "mengarahkan bedil yang sebelumnya telah diisi peluru kepada musuhnya dan menembaknya adalah adekuat untuk menimbulkan kematian.[426] Dengan *formulering* demikian, maka pada si pembuat dalam peristiwa ini dapat dipidana.

Mengenai persoalan tentang mampu atau tidak mampunya percobaan, menurut Moeljatno tidak dapat dipecahkan melalui teori adekuat kausal oleh karena dalam kenyataannya tiap-tiap pengertian adalah tidak adekuat kausal, yaitu karena pada kenyataannya tidak menimbulkan akibat yang dituju. Menurut hemat beliau, untuk memecahkan persoalan ini, kita harus kembali kepada dasar dapat dipidananya delik percobaan, ialah pada sifat melawan hukumnya pada perbuatan. Dengan demikian persoalan yang pada hakikatnya masuk dalam lapangan hubungan kausal janganlah dipandang secara kausatif, hal mana ternyata tidak memuaskan tapi harus dipandang secara normatif.

Dengan demikian, maka pertanyaannya ialah apakah perbuatan yang dilakukan terdakwa dipandang dari segi kemungkinan mendekatkan pada kejahatan yang dituju, bersifat melawan hukum ataukah tidak. Jika bersifat melawan hukum, maka percobaan ini adalah percobaan yang mampu, dan karenanya dapat dipidana.

Pandangan Moeljatno ini dapatlah dimengerti, karena beliau memandang percobaan itu juga sebagai tindak pidana (delik) sebagaimana juga istilah yang digunakan beliau dengan delik percobaan, di mana syarat untuk dipidananya pembuat delik adalah sama dengan syarat untuk dipidananya percobaan yaitu perbuatan si pembuat bersifat melawan hukum (*wedderechtelijk*).

Dalam hal menghadapi persoalan percobaan mampu dan percobaan tidak mampu baik karena objeknya atau alatnya yang tidak

426 Moeljatno, Op.cit.,hal. 50

sempurna, dengan melihat pada kenyataan apakah dengan alat atau objek dalam keadaan senyatanya itu mungkin terjadi kejahatan selesai ataukah tidak. Apabila dalam hal alat atau objeknya tidak sempurna, yang karena sifat atau alatnya sedemikian rupa sehingga tidak mungkin terjadinya kejahatan selesai, maka demikian juga tidak ada percobaannya. Percobaan itu hanyalah mungkin ada pada perbuatan-perbuatan yang baik mengenai objek dan dengan alatnya pada keadaan konkretnya dapat menyelesaikan kejahatan. Apabila tidak, maka tidak mungkin ada percobaannya. Perbuatan meracun (yang ternyata dengan gula), menembak musuh dengan bedil yang ternyata tidak ada pelurunya, karena tidak mungkin dapat menimbulkan kejahatan selesai, maka dalam hal yang demikian tidaklah mungkin ada percobaannya. Tetapi meracun dengan gula baru dapat dipidana, apabila memenuhi syarat-syarat yaitu adanya kesengajaan baik terhadap gula, terhadap objeknya (diketahui orang itu sakit gula), maupun terhadap akibat dari pengidap penyakit gula yang meminum gula. Hal yang terakhir ini pun adalah juga kenyataan konkret yang harus menjadi pertimbangan dalam menilai si peracun gula tersebut. Apabila syarat subjektif yang diobjektifkan ini tidak dipenuhi, maka terhadap orang itu tidak dapat dipidana.

Lain halnya pada kejahatan yang dilakukan dengan menggunakan cara tertentu dalam hal alat atau objek yang tidak sempurna, bila cara itu telah dilakukan, di sini ada percobaan, walaupun dengan alat atau objek yang tidak sempurna itu pada kenyataannya tidak mungkin menimbulkan kejahatan. Pada kejadian-kejadian seperti ini, dipakai ukuran lain yang telah lazim, ialah bila cara itu telah dilakukan, walaupun perbuatan yang menjadi larangan belum diperbuat, dengan telah menyelesaikan cara tersebut, di sini telah terjadi percobaan. Contohnya telah merusak brankas untuk mencuri, ternyata isinya kosong atau telah memanjat atap dan masuk melalui genteng untuk mencuri di sebuah rumah, yang ternyata rumah kosong. Di sini telah terjadi percobaan yang dapat dipidana (363 juncto 53 KUHP).

1. Sanksi Terhadap Percobaan

Dalam hal sanksi terhadap percobaan, hal ini diatur dalam Pasal 53 ayat (2) dan ayat (3) yang berbunyi:

(2) Maksimun hukuman pokok atas kejahatan itu dalam hal percobaan dikurangi dengan sepertiga.
(3) Kalau kejahatan itu diancam dengan hukuman mati atau penjara seumur hidup, maka dijatuhkan hukuman penjara paling lama lima belas tahun.

Hukuman bagi percobaan sebagaimana diatur dalam Pasal 53 ayat (2) dan (3) KUHP dikurangi sepertiga dari hukuman pokok maksimum dan paling tinggi lima belas tahun penjara.

2. Percobaan yang Tidak Diancam dengan Sanksi

Tidak semua percobaan melakukan kejahatan diancam dengan sanksi. Ternyata KUHP mencantumkan hal tersebut dengan membuat rumusan bahwa percobaan untuk melakukan tindak pidana tertentu tidak dapat dihukum, antara lain:

a. Pasal 184 ayat (5) KUHP, percobaan melakukan perkelahian tanding antara seseorang lawan seseorang;
b. Pasal 302 ayat (4) KUHP, percobaan melakukan penganiayaan ringan terhadap binatang;
c. Pasal 351 ayat (5) KUHP dan Pasal 352 ayat (2), percobaan melakukan penganiayaan dan penganiayaan ringan;
d. Pasal 54 KUHP, percobaan melakukan pelanggaran, tidak boleh dihukum.

3. Percobaan sebagai Delik Tersendiri

Hal ini bermakna bahwa percobaan disamakan dengan delik. Dalam KUHP dirumuskan bahwa percobaan merupakan delik, antara lain:

1. Pasal-pasal 104-107, 139 a, dan 139 b KUHP, yakni mengenai makar. Hal ini dirumuskan dalam Pasal 87 KUHP yang berbunyi:
   " Dikatakan ada makar untuk melakukan suatu perbuatan apabila niat untuk itu sudah nyata dengan permulaan melakukan perbuatan itu, seperti dimaksud dalam Pasal 53."
2. Pasal-pasal 110, 116, 125, dan 139 c KUHP, yakni tentang permufakatan jahat. Hal ini dirumuskan oleh Pasal 88 KUHP yang berbunyi:

"Dikatakan ada permufakatan jahat apabila dua orang atau lebih bersama-sama sepakat akan melakukan kejahatan itu." [427]

G. TEORI PERTANGGUNG JAWABAN PIDANA

Di dalam kitab undang-undang hukum pidana (KUHP) di seluruh dunia pada umumnya tidak mengatur tentang kemampuan bertanggung jawab. Yang diatur ialah kebalikannya, yaitu ketidakmampuan bertanggung jawab, seperti Pasal 44 KUHPidana Indonesia, yang masih memakai rumusan Pasal 37 lid 1 W.v.S. Nederland tahun 1886 yang berbunyi: "Tidak dapat dipidana ialah barang siapa yang mewujudkan suatu peristiwa, yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, sebab kekurangsempurnaan atau gangguan sakit kemampuan akalnya".[428]

Berkenaanan dengan hal tersebut, oleh karena itu, dalam hal pertanggungjawaban pidana adalah mengenakan celaan terhadap pembuat karena perbuatannya yang melanggar larangan atau menimbulkan keadaan yang terlarang. Selanjutnya Chairul Huda menyatakan bahwa pertanggungjawaban pidana karenanya menyangkut proses peralihan celaan yang ada pada tindak pidana kepada pembuatnya. Mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana adalah meneruskan celaan yang sama objektif ada pada perbuatan pidana secara subjektif terhadap pembuatnya.[429]

Berbicara tentang pertanggungjawaban pidana maka tidak dapat dilepaskan dengan tindak pidana. Walaupun di dalam pengertian tindak pidana tidak termasuk masalah pertanggungjawaban pidana. Tindak pidana hanya menunjuk pada dilarangnya suatu perbuatan.

Dalam masalah pertanggungjawaban pidana di dalam doktrin dikenal dengan indeterminisme dan determinisme.[430] Persoalan ini

427 Laden Marpaung., Op.cit, hal. 97-98.

428 Zainal Abidin Farid, Op. cit; hal. 260.

429 Chairul Huda, Op. cit., hal. 69.

430 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, 2005: 62-64. Bandingkan dengan teori pertanggung jawaban pidana Islam menurut Abdul Qadir Daudah yang membagi teori pertanggungjawaban pidana dalam islam sebagai berikut: (a) Teori materialisme (nazariyyahmad-diyyah). Menurut teori ini, hukum dapat dijatuhkan atas setiap perbuatan dan pelaku, tanpa memperhatikan sifat dan kondisi pelaku. Dengan teori, semuanya dapat dihukum baik anak-anak, orang gila, hewan, benda mati, bahkan manusia yang telah meninggal sekalipun bisa dijatuhi hukuman. (b). Teori tradisionalisme (mazhab taqlid). Menurut teori ini, seorang

muncul sebagai akibat pertentangan pendapat antara aliran klasik (dan neo klasik) dengan aliran modern. Aliran klasik mengutamakan kebebasan individu dengan konsekuensi diterimanya kehendak bebas dari individu. Pendirian mengenai kebebasan individu ini diragukan oleh aliran modern yang membuktikan melalui psikologi dan psikiatri bahwa tidak setiap perbuatan manusia itu dapat dipertanggungjawabkan padanya, misalnya saja pada orang gila. Malahan Bonger yang mengikuti aliran lingkungan menyatakan, sebenarnya manusia itu ditentukan oleh lingkungan di sekitarnya. Aliran klasik menganut paham indeterminisme mengatakan, manusia itu, dapat menentukan kehendaknya dengan bebas, meskipun sedikit banyak juga ada faktor lain yang mempengaruhi penentuan kehendaknya, yaitu keadaan pribadi dan lingkungannya, tetapi pada dasarnya manusia mempunyai kehendak yang bebas. Sebaliknya aliran modern menganut paham determinisme, dan mengatakan bahwa manusia sama sekali tidak dapat menentukan kehendaknya secara bebas. Kehendak manusia untuk melakukan sesuatu ditentukan oleh beberapa faktor, antara lain yang terpenting adalah faktor lingkungan dan pribadi. Dalam menentukan kehendaknya manusia tunduk pada sebab akibat, yaitu faktor-faktor penyebab yang berada di luar kekuasaan manusia. Faktor-faktor penyebab yang berada di luar kemampuan manusia. Faktor pribadi pun tunduk pada faktor keturunan dan selanjutnya di dalam hidupnya faktor lingkungan memegang peranan yang sangat penting. Oleh karena itu, secara ekstrem beberapa ahli penganut aliran determinisme tidak mengakui "kesalahan" dan karena manusia itu "tidak boleh di hukum.[431]

Sudarto menengahinya dengan kompromi dan mengatakan bahwa dalam hal paham determinisme, walaupun manusia tidak mempunyai tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan, ia masih dapat dipertanggungjawabkan, dan menerima reaksi untuk perbuatan yang

yang dapat dibebani pertanggungjawaban pidana hanyalah orang yang mempunyai pengetahuan dan pilihan (kebebasan berkehendak). Dengan teori ini manusia dianggap mampu membedakan antara yang baik dan buruk. (c). Teori positivisme (mazhab wad'i). Menurut teori ini, seorang yang melakukan tindakan pidana yang tidak dengan kehendaknya sendiri, tetapi ada faktor yang mempengaruhinya. Pelaku tindak pidana seperti ini tidak bisa diberikan hukuman atas perbuatannya. (d). Teori relatif (ikhtiyar nisbi). Teori ini adalahpenggabungan teori tradisionalisme dan teori positivisme. Menurut teori ini, meskipun pilihan (kehendak) manusia terbatas, pilihannya tersebut mempunyai pengaruh dalam melakukan tindak pidana, dan penguasa hendaknya melindugi masyarakat dari perbuatan-perbuatan orang yang belum atau tidak mampu mempertanggungjawabkan perbuatan. Lihat, Abdul Qadir Audah. Ensiklopedi Hukum Pidana Islam, 5 jilid, alih bahasa Ahsin Sakho Muhammad, dkk, ed. Ahsin Sakho Muhammad, dkk., Jakarta: PT. Kharisma Ilmu,. 2008. Jilid II. Hal 64-65.

431 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid

dilakukannya, tetapi reaksi itu berwujud tindakan untuk ketertiban masyarakat, dan bukannya pidana dalam arti "penderitaan sebagai sebuah kesalahannya". Demikian pila Sassen berpendapat, hakim tidak menjatuhkan pidana tetapi mengambil tindakan yang memaksanya agar tunduk pada tata tertib masyarakat. Menurutnya, hukum pidana itu sebenarnya adalah suatu hukum pertahanan sosial.[432]

Pada saat ini terjadi kompromi yang dikenal dengan teori modern yang ingin melaksanakan jalan tengah, yaitu berpegang pada paham determinisme, tetapi tetap menerima kesalahan sebagai dasar hukum pidana.[433]

1. Kemampuan Bertanggung Jawab

Sebaliknya dalam hal kemampuan bertanggung jawab di dalam hukum pidana, istilah pertanggung jawaban pidana (*toerekenbaarheid*) di dalam memori penjelasan perencana dari kitab Undang-Undang Hukum Pidana Tahun 1881 mengatakan sebagai berikut:

> "*geneenestrafregtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekingbaaheid van het feit aan den dader*" (tidak dapat diminta suatu pertanggungjawaban sesuatu tindakan pelakunya).[434]

Selanjutnya, di dalam memori penjelasannya di atas, para perencana juga telah mengatakan *toerekenibaarheid* itu dapat menjadi tidak ada karena hal-hal yang terdapat di dalam diri pelakunya sendiri atau pun karena hal-hal yang datang dari luar. Hal-hal yang terdapat di dalam diri pelakunya itu sendiri adalah:

a. Keadaan yang tidak normal dari "*geetvermogens*" atau "kemampuan jiwa" dari si pelaku; dan
b. usia yang masih sangat muda.

Sedang hal-hal yang datang dari luar itu adalah:

a. *overmacht* (untuk sementara saya terjemahkannya sebagai suatu "keadaan terpaksa");
b. *Noodweer* (pembelaan diri karena terpaksa, ter. Lamintang).[435]

---

432 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid.
433 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid.
434 Teguh Prasetyo & Abdul Hakim, Ibid.
435 Lamintang, Op.cit; 395-396

Menurut Pompe *toerekenbaarheid* (pertanggungjawaban pidana) seseorang mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

1. Kemampuan berpikir (*psychish*) pembuat (*daders*) yang memungkinkan ia menguasai pikirannya, yang memungkinkan ia menentukan perbuatannya;
2. Dan oleh sebab itu, ia dapat memahami makna dan akibat perbuatannya;
3. dan oleh sebab itu pula, ia dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan pendapatnya.

Van Hammel berpendapat, bahwa kemampuan bertanggung jawab adalah suatu keadaan normalitas *psychis* dan kematangan, yang mempunyai tiga macam kemampuan:[436]

(1) Untuk memahami lingkungan kenyataan perbuatan sendiri;
(2) Untuk menyadari perbuatannya sebagai suatu yang tidak diperbolehkan oleh masyarakat; dan
(3) Terhadap perbuatannya dapat menentukan kehendaknya.

Berkenaan perbuatan yang dapat dipertanggungjawabkannya perbuatan dalam hal pertanggungjawaban pidana pertama-tama merupakan keadaan yang ada pada diri pembuat ketika melakukan tindak pidana. Kemudian pertanggungjawaban pidana juga menghubungkan antara keadaan pembuat tersebut dengan perbuatan dan sanksi yang sepatutnya dijatuhkan. Dengan demikian, pengkajian dilakukan dua arah. Pertama, pertanggungjawaban pidana ditempatkan dalam konteks sebagai syarat-syarat faktual (*conditioning facts*) dari pemidanaan, karenanya mengemban aspek preventif. Kedua, pertanggungjawaban pidana merupakan akibat hukum (*legal consequences*) dari keberadaan syarat faktual tersebut, sehingga merupakan bagian dari aspek represif hukum pidana. Pertanggungjawaban pidana berhubungan dengan pemidanaan dan konsekuensi atas hukumnya atas adanya hal itu.[437] Oleh karena itu, menurut Chairul Huda mengenai pertanggungjawaban pidana hanya dapat dilakukan terhadap seseorang yang melakukan tindak pidana. Hal ini yang ini menjadi tolak pertalian antara pertanggungjawaban pidana yang dilakukan pembuat. Dapat dicelanya pembuat, justru bersumber dari celaan yang ada pada tindak pidananya. Oleh karena itu, ruang

436 Lamintang, Ibid
437 Chairul Huda, Op. cit; hal. 64.

lingkup pertanggungjawaban pidana mempunyai korelasi penting dengan struktur tindak pidana.[438]

H. HAPUSNYA HAK PENUNTUTAN PIDANA DAN EKSUKUSI

Alasan-alasan yang dimuat dalam perundang-undangan untuk hapusnya hak penuntutan adalah:

1. adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap
2. kematian orang yang melakukan delik
3. kedaluwarsa
4. penyelesaian perkara di luar pengadilan.[439]

Keempat butir tersebut perlu dicermati dengan seksama.

1. Adanya Suatu Putusan yang Telah Berkekuatan Hukum Tetap

Hal ini diatur dalam Pasal 76 KUHP yang berbunyi:

"Kecuali dalam hal putusan hakim dapat diubah, orang tidak dapat dituntut sekali lagi karena perbuatan yang baginya telah diputuskan oleh hakim di Indonesia dengan putusan yang telah tetap."[440]

Ketentuan pasal ini dimaksudkan guna memberikan kepastian kepada masyarakat maupun kepada setiap individu agar menghormati putusan tersebut. Prinsip yang dimuat dalam Pasal 76 KUHP tersebut dikenal dengan *ne bis in idem*, yang artinya tidak boleh suatu perkara yang sama yang sudah diputus, diperiksa, dan diputus lagi untuk kedua kalinya oleh pengadilan.

Dahulu, pada Reglemen Indonesia yang diperbarui (RIB/HIR) diperunakan istilah "adanya suatu putusan yang tidak dapat diubah lagi". Setelah berlakunya KUHAP (Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981), istilah tersebut menjadi "adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap".

Apabila putusan telah berkuatan hukum tetap, upaya hukum tidak dapat digunakan lagi. Putusan yang telah berkuatan hukum tetap tersebut, dapat berupa:

438 Chairul Huda, Ibid.
439 Laden Marpaung., Op.cit, hal. 100.
440 Ibid.,

a. putusan bebas
b. putusan lepas dari segala tuntutan hukum
c. putusan tidak dapat menerima penuntut umum
d. putusan pemidanaan

Putusan-putusan di atas mengenai penjatuhan putusan tentang delik (pelanggaran pidana) yang telah didakwakan. Berbeda dengan keputusan atau penyertaan hakim dalam hal:

a. pengadilan tidak berkompeten (berkuasa) untuk mengadili;
b. pembatalan surat dakwaan;
c. tuntutan pidana tak dapat diterima.

Penerapan *ne bis in idem* yang tepat dapat terlaksana jika pengertian "perbuatan" diterapkan dengan tepat. Pada penanganan suatu perkara, perlu dicermati apakah perbuatan tersangka atau terdakwa tersebut telah dapat diadili? Jika tersangka atau terdakwa pernah diadili, perlu dicermati lagi apakah perbuatannya *concursus idealis* atau *concursus realis*. Misalnya:

> A telah dipidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dalam perbuatan pemerkosaan terhadap diri seorang perempuan bernama R. Akan tetapi, A belum pernah diadili oleh pengadilan atas perbuatannya memperkosa diri seorang perempuan bernama S. Dari contoh di atas, diharapkan agar aparat penegak hukum, khusunya penyidik, lebih cernat terhadap pengertian "perbuatan".[441]

2. Kematian Orang yang Melakukan Delik

Hal ini diatur dalam Pasal 77 KUHP yang berbunyi:

"Hak menuntut hilang oleh karena meninggalnya si tersangka."

Ketentuan ini dilandasi dasar pemindanaan, yakni bahwa hukuman ditujukan kepada pribadi orang yang melakukan delik. Dengan demikian, apabila orang yang melakukan delik telah meninggal, tidak ada lagi penuntutan bagi perbuatan yang telah dilakukannya.

3. Kedaluwarsa

Hal ini diatur dalam Pasal 78 KUHP yang berbunyi:

"(1) Hak untuk penuntutan pidana hapus karena kedaluwarsa:

1e. dalam satu tahun bagi semua pelanggaran dan bagi kejahatan yang dilakukan dengan percetakan;

441 Ibid., hal. 101

2e. dalam enam tahun bagi kejahatan-kejahatan yang diancam dengan denda, hukuman kurungan atau hukuman penjara, yang lamanya tidak lebih dari tiga tahun;

3e. dalam dua belas tahun bagi semua kejahatan yang diancam dengan hukuman penjara sementara yang lamanya lebih dari tiga tahun;

4e. dalam delapan belas tahun bagi semua kejahatan, yang diancam dengan hukuman mati atau hukuman penjara seumur hidup.

(2) Untuk orang, yang sebelum melakukan perbuatan itu umurnya belum cukup delapan belas tahun, tenggang kedaluwarsa yang tersebut di atas itu, dikurangi sepertiga."

Dasar penghapusan hak penuntutan pidana itu adalah bahwa dengan berlalunya waktu yang agak lama, ingatan akan kejadian yang ada telah hilang sehingga kemungkinan pembuktiannya menjadi rumit bahkan alat bukti kemungkinan telah lenyap.

Kapan mulai diperhitungkan kedaluwarsa hak penuntutan pidana tersebut? Hal ini ditentukan dalam Pasal 79 KUHP yang berbunyi antara lain:

> "Tenggang kedaluwarsa mulai berlaku pada keesokan hari setelah terjadinya perbuatan, kecuali dalam hal berikut:
> 1a...."[442]

Akan tetapi, ada penghentian (*stuiting*) terhadap kedaluwarsa, yakni berdasarkan Pasal 80 KUHP, jika telah dilakukan tindakan penuntutan (*daad van vervolging*), masa kedaluwarsa mulai dihitung sejak berakhirnya *stuiting*.

Selain dari *stuiting* terhadap masa kedaluwarsa, penundaan (*schorsing*) penuntutan pidana berhubung dengan adanya perselisihan prayudisial, juga menunda jalannya kedaluwarsa (Pasal 81 KUHP). Yang dimaksud dengan perselisihan prayudisial (*praejudicieel geschil*) adalah adanya suatu perselisihan hukum yang harus lebih dahulu diputus hakim lain sebelum suatu perkara pidana diperiksa di persidangan. Misalnya:

> Seseorang disangka telah melakukan pencurian, namun si tersangka menerangkan bahwa barang tersebut adalah milik istrinya.[443]

442 Lihat pada pembahasan "Adanya suatu putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, bagian a: putusan bebas".

443 Laden Marpaung., Op.cit, hal. 102

Dalam contoh di atas, tentang pemilikan barang, diputuskan oleh hakim perdata. Selama proses perkara perdata tersebut berlangsung, kedaluwarsa di *schorsing*. Setelah selesai *schorsing*, tenggang waktu kedaluwarsa dihitung ditambah dengan waktu sebelum adanya tindakan penuntutan. Hal ini diperlukan mengingat penyelesaian perkara perdata memerlukan waktu yang mungkin bertahun-tahun.

4. Penyelesaian Perkara di Luar Persidangan

Hal ini diatur dalam Pasal 82 ayat (1) KUHP yang berbunyi antara lain sebagai berikut.

> "Hak penuntutan pidana karena pelanggaran, yang atasnya tidak ditentukan hukuman pokok lain daripada denda, hilang kalau dengan rela hati sudah dibayar maksimun denda serta juga biaya perkara,..."[444]

Ketentuan di atas secara rasional adalah hal yang logis demi efisiensi. Hal ini diatur demikian untuk memberi kepastian hukum bagi pelaku pelanggaran maupun bagi aparat penuntut.

Selain hal di atas, dalam perundang-undangan (bukan KUHP), masih ada ketentuan yang dapat menghapuskan hak penuntutan atas pelaku kejahatan, yakni abolisi dan amnesti. Kedua hal tersebut merupakan hak prerogatif presiden dengan memperhatikan pertimbangan DPR yang diatur dalam Pasal 14 Undang-Undang Dasar 1945 hasil amandemen.

Abolisi adalah penghapusan hak melakukan penuntutan pidana dan menghentikan penuntutan pidana yang telah dimulai. Adapun amnesti adalah pernyataan pengampunan atau penghapusan hukuman kepada umum yang telah melakukan tindak-tindak pidana tertentu.

Baik abolisi maupun amnesti merupakan sarana untuk melindungi kepentingan umum atau untuk mencegah korban yang lebih besar.

5. Hapusnya Hak Eksekusi

Pada umumnya, setelah adanya putusan yang berkekuatan hukum tetap, jaksa pada kesempatan pertama akan melakukan eksekusi (Pasal 270 KUHP). Akan tetapi, adakalanya jaksa tidak dapat melakukan eksekusi atau hak eksekusi telah habis sehingga putusan yang telah berkekuatan hukum tetapi tidak dapat dilakukan untuk selama-lamanya. Hal ini dapat terjadi karena hal-hal berikut:

444 Ibid.,

1). Kematian Terpidana

Doktrin menganut paham bahwa hukuman atau pidana dijatuhkan semata-mata terhadap pribadi terpidana atau si terhukum, karenannya tidak dapat dibebankan kepada ahli waris. Dengan demikian, jika terpidana meninggal dunia, hak eksekusi tidak dapat dilakukan.

Terhadap ketentuan di atas, dahulu ada pengecualian yang dimuat dalam Pasal 368 HIR yang berbunyi sebagai berikut:

"Jika orang yang melakukan pelanggaran pidana telah meninggal setelah putusan hakim yang tidak dapat diubah lagi, maka dalam perkara-perkara pelanggaran peraturan pajak dan cukai, semua denda dan perampasan serta biaya-biayanya ditagih dari ahli-ahli waris atau wakil-wakil orang yang meninggal itu."[445]

Akan tetapi, ketentuan di atas tidak dianut oleh KUHAP. Sebaiknya dalam rangka penyempurnaan KUHAP, hal tersebut perlu mendapat perhatian.

2) Kedaluwarsa

Ketentuan tentang kedaluwarsa hak eksekusi dimuat dalam Pasal 84 KUHP yang berbunyi sebagai berikut.

(1) Hak menjalankan hukuman hilang karena kedaluwarsa
(2) Tenggang kedaluwarsa ini untuk pelanggaran-pelanggaran, lamanya dua tahun, untuk kejahatan yang dilakukan dengan alat percetakan, lamanya lima tahun, dan untuk kejahatan lain, lamanya sama dengan telah lebih tenggang kedaluwarsa hak menuntut pidana, ditambah sepertiga.
(3) Tenggang kedaluwarsa ini sekali-kali tidak boleh kurang dari lamanya hukuman yang telah dijatuhkan.
(4) Hak menjalankan hukuman mati tidak kena kedaluwarsa

Berkenaan dengan Pasal 84 ayat (3) KUHP, menjadi kabur jika terpidana dijatuhkan hukuman seumur hidup. Seyogianya hal ini termasuk ayat (4).

3) Grasi

Ketentuan tentang grasi dimuat dalam Pasal 14 UUD 1945. Pengertian grasi adalah wewenang dari kepala negara untuk menghapuskan seluruh hukuman yang telah dijatuhkan hakim

445 Ibid., hal. 103.

atau mengurangi hukuman, atau menukar hukuman pokok yang berat dengan suatu hukuman yang lebih ringan.

Dahulu, grasi ini merupakan hak raja sehingga dianggap sebagai anugerah raja. Akan tetapi, pada saat ini grasi merupakan suatu alat untuk menghapuskan sesuatu yang dirasakan tidak adil jika hukum yang berlaku menimbulkan kekurangadilan.

Perihal grasi ini sekarang diatur oleh Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2002 tentang Grasi yang menggantikan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1950 tentang Permohonan Grasi.[446]

I. TEORI PEMIDANAAN

Menurut Pasal 10 *Wetboek Van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* yang menurut Undang-Undang No.1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana jo Undang-Undang No.73 Tahun 1958 Tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang No.1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Undang-undang Hukum Pidana dianggap sebagai Kitab Undang-undang Hukum Pidana (untuk selanjutnya disingkat KUHP),[447] macam-macam pidana adalah sebagai berikut:

Pasal 10

Pidana terdiri atas:

a. Pidana pokok:
    1. pidana mati,
    2. pidana penjara,
    3. kurungan,
    4. denda.
b. Pidana tambahan:
    1. pencabutan hak-hak tertentu,
    2. perampasan barang-barang tertentu,
    3. pengumuman putusan hakim.

Adapun lembaga yang melaksanakan pidana dapat disebutkan, sebagai berikut:[448]

446 Ibid., hal. 103-104.

447 K.Wantjik Saleh, Pelengkap KUH Pidana, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985), halaman 25 dan 74.

448 Adapun lembaga yang melaksanakan pidana dalam konteks pemidanaan dan Pelaksanaan pidana an sich memunculkan bidang hukum tersendiri, yaitu Hukum Pidana Pelaksanaan Pidana, Hukum Eksekusi Pidana,

1. Pidana Pokok:
   a. Pidana Mati: Regu Tembak;
   b. Pidana Penjara: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   c. Pidana Kurungan: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   d. Pidana Tutupan: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   e. Pidana Kurungan: Lembaga Pemasyarakatan (LAPAS);
   f. Pidana Denda: Jaksa;
2. Pidana Tambahan:
   a. Pencabutan hak-hak tertentu: lembaganya bergantung pada jenis dari hak yang dicabut tersebut;
   b. Perampasan barang-barang tetentu: Jaksa;
   c. Pengumuman Putusan Hakim (Pengadilan): Panitera Pengadilan Negeri.[449]

Terdapat beberapa Teori Pemidanaan atau Dasar-dasar Pembenaran dan Tujuan Pidana, sebagai berikut:

1. Teori Absolut atau Teori Pembalasan (*Retributive/Vergeldings Theorieen*)

   Pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri.[450]

   Menurut Johannes Andenaes, tujuan utama (*primair*) dari pidana menurut teori absolut ialah untuk memuaskan tuntutan keadilan (*to satisfy the claim of justice*) sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder.[451]

Hukum Penitensia atau Hukum Penitensier. Penitensier berasal dari kata "penitensia" dari Bahasa Latin yang mempunyai arti: penyesalan, kembali lagi pada keputusannya, bertobat atau jera. Menurut S.R. Sianturi, Hukum Penitensia adalah bagian dari hukum positif yang berisikan ketentuan atau norma mengenai tujuan, usaha (kewenangan) dan organisasi dari (suatu) lembaga untuk membuat seseorang bertobat, yang dapat berupa: (1) Pemutusan hakim (pemidanaan, pembebasan dan pelepasan dari segala tuntutan hukum), (2) Penindakan, dan (3) Pemberian kebijaksanaan, terhadap suatu perkara pidana. Lihat, S.R. Sianturi dan Mompang L.Panggabean, Hukum Penitensia di Indonesia, Jakarta: Alumni AHAEMPETEHAEM, 1996), halaman 1-5.

449 Lihat dalam Pasal 10 KUHP.

450 Muladi dan Barda Nawawi Arief,, Teori-teori dan Kebijakan Pidana, Bandung: Alumni. 1984, hal. 10-11.

451 Ibid., halaman 10.

Menurut Immanuel Kant dalam "*Philosophy of Law*", pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan. Pidana sebagai "*Kategorische Imperatief*" yakni seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai suatu tujuan, melainkan mencerminkan keadilan (*uitdrukking van de gerechtigheid*).[452]

Hegel berpendapat, bahwa pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Karena kejahatan adalah pengingkaran terhadap ketertiban hukum negara yang meruapakan perwujudan dari cita susila, maka pidana merupakan "*negation der negation*" (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran). Teori Hegel ini dikenal dengan "*quasi mathematic*" yaitu:

a. *wrong being* (*crime*) *is the negation of right*; *and*
b. *punishment is the negation of that negation*.[453]

Nigel Walker membagi penganut teori retributif dalam beberapa Golongan, yaitu:

1. Penganut teori retributif yang murni (*the pure retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan si pembuat. Menurut Nigel Walker hanya golongan pertama ini yang mengemukakan alasan-alasan atau dasar pembenaran untuk pengenaaan pidana sehingga disebut golongan "*punishers*" atau penganut aliran/teori pemidanaan.
2. Penganut teori retributif tidak murni (dengan modifikasi) yang dapat pula dibagi dalam:
    a. Penganut teori retributif yang terbatas (*the limiting retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana tidak harus sepadan atau cocok dengan kesalahan hanya tidak boleh melebihi batas yang sepadan atau cocok dengan kesalahan terdakwa.
    b. Penganut teori retributif yang distributif (*retribution in distribution*) atau "*distributive*" yang berpendapat: pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak

452 Ibid., halaman 11-12.
453 Ibid., halaman 12.

bersalah, tetapi pidana juga tidak harus sepadan atau cocok dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip "tiada pidana tanpa kesalahan" dihormati tetapi dimungkinkan pengecualian misalnya dalam hal "*strict liability*".

Menurut Nigel Walker penganut golongan 2a dan 2b tidak mengajukan alasan-alasan pengenaan pidana tetapi mengajukan prinsip-prinsip untuk pembatasan pidana. Selanjutnya menurut Nigel Walker kedua golongan ini lebih dekat pada paham *nonretributive*.[454]

John Kaplan membedakan dalam dua teori, yaitu:

1. teori pembalasan (*the revenge theory*)
   Pembalasan mengandung arti bahwa "hutang si penjahat telah dibayarkan kembali" (*the criminal is paid back*).
2. teori penebusan dosa (*the expiation theory*).
   Penebusan mengandung arti bahwa "si penjahat membayar kembali hutangnya" (*the criminal pays back*).[455]

2. Teori Relatif atau Teori Tujuan (*Utilitarian/doeltheorieen*)

Pemidanaan bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat sehingga Johannes Andenaes menyebutnya sebagai "teori perlindungan masyarakat".[456] Nigel Walker menyebut teori ini sebagai teori atau aliran reduktif (*the reductive point of view*) karena dasar pembenaran pidana menurut teori ini ialah untuk mengurangi frekuensi kejahatan sehingga para penganut teori ini disebut golongan *Reducers*.

Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat sehingga teori ini disebut juga teori tujuan (*Utilitarian theory*). Dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini adalah terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan "*quia peccatum est*" (karena orang melakukan kejahatan) melainkan "*ne peccetur*"

454 Ibid., halaman 12-13.
455 Ibid., halaman 13.
456 Ibid., halaman 16.

(supaya orang jangan melakukan kejahatan).[457]

Hal demikian dikemukakan oleh Seneca, seorang filsuf dari Romawi, sebagai berikut:

"*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*" yang artinya "tidak seorang normal pun dipidana karena telah melakukan suatu perbuatan jahat, tetapi ia dipidana agar tidak ada perbuatan jahat" ("*No reasonable man punisher because there has been a wrong doing, but in order that there should be no wrong doing*").[458]

Karl O. Christiansen menyatakan terdapat perbedaan karakteristik antara teori retributif dengan teori utilitarian, sebagai berikut:[459]

1. Tujuan pidana adalah semata-mata untuk pembalasan.
2. Pembalasan adalah tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain, misalnya untuk kesejahteraan masyarakat.
3. Kesalahan merupakan satu-satunya syarat untuk adanya pidana.
4. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelanggar.
5. Pidana melihat ke belakang; ia merupakan pencelaan yang murni dan tujuannya tidak untuk memperbaiki, mendidik atau memasyarakatkan kembali si pelanggar.

Sedangkan teori utilitarian sebagai berikut:

1. Tujuan pidana adalah pencegahan (*prevention*).
2. Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat.
3. Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja (misal: karena sengaja atau *culpa*) yang memenuhi syarat untuk adanya pidana.
4. Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan.
5. Pidana melihat ke muka (bersifat prospektif); pidana dapat mengandung unsur pencelaan tetapi baik unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima apabila

457 Ibid.
458 Ibid.
459 Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, Ibid., halaman 16-17.

tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

Tujuan pidana untuk pencegahan kejahatan dapat dibedakan antara prevensi spesial ("*special deterrence*") dan prevensi general ("*general deterrence*"). Prevensi spesial berarti pidana dimaksudkan untuk mempengaruhi tingkah laku si terpidana untuk tidak melakukan tindak pidana lagi. Ini berarti pidana bertujuan agar si terpidana itu berubah menjadi orang yang lebih baik dan berguna bagi masyarakat sehingga disebut juga *Reformation* atau *Rehabilitation Theory*. Prevensi general berarti pidana dimaksudkan untuk mempengaruhi tingkah laku anggota masyarakat pada umumnya untuk tidak melakukan tindak pidana.[460]

Menurut Johannes Andenaes ada tiga bentuk pengaruh dalam pengertian "*general deterrence*", yaitu:

a. pengaruh pencegahan;
b. pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral;
c. pengaruh untuk mendorong kebiasaan perbuatan patuh pada hukum.

Dalam pengertian "*general prevention*" menurut Johannes Andenaes tidak hanya tercakup adanya pengaruh pencegahan (*deterrent effect*) tetapi juga termasuk di dalamnya pengaruh moral atau pengaruh yang bersifat pendidikan sosial dari pidana (*the moral or social pedagogical influence of punishment*). Teori yang menekankan pada tujuan untuk mempengaruhi atau mencegah agar orang lain tidak melakukan kejahatan ini dikenal dengan sebutan **Teori *Deterrence***, sehingga menurut J. Andenaes pengertian "*general prevention*" berbeda dengan "*general deterrence*".[461]

Van Veen berpendapat bahwa prevensi general mempunyai tiga fungsi, yaitu:

a. menegakkan kewibawaan (*gezagshandhaving*);
b. menegakkan norma (*normhandhaving*);
c. membentuk norma (*normvorming*).[462]

460 Ibid., halaman 17-18.
461 Ibid., halaman 18.
462 Ibid., halaman 19.

Van Bemmelen memasukkan apa yang disebut sebagai "daya untuk mengamankan" (*de beveiligende werking*), bahwa merupakan kenyataan, khususnya pidana pencabutan kemerdekaan, lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama penjahat tersebut berada dalam penjara daripada kalau dia tidak dalam penjara.[463]

3. Teori Gabungan (*Verenegings Theorieen*)

Pellegrino Rossi menganggap pembalasan sebagai asas dari pidana dan bahwa beratnya pidana tidak boleh melampaui suatu pembalasan yang adil, namun pidana mempunyai berbagai pengaruh, antara lain: perbaikan sesuatu yang rusak dalam masyarakat dan prevensi general.[464]

Penganut teori ini, antara lain: Binding, Merkel, Kohler, Richard Schmid dan Beling. Pidana mengandung pelbagai kombinasi tujuan termasuk di dalamnya mengenai pembalasan, prevensi general serta perbaikan.[465]

Berikut dikemukakan pendapat para sarjana berkaitan dengan tujuan pidana, antara lain:

1. Richard D. Schwartz dan Jerome H. Skolnick:

   Sanksi pidana dimaksudkan untuk:

   a. mencegah terjadinya pengulangan tindak pidana (*to prevent recidivism*);
   b. mencegah orang lain melakukan perbuatan yang sama seperti yang dilakukan si terpidana (*to deter other from the performance of similar acts*);
   c. menyediakan saluran untuk mewujudkan motif-motif balas dendam (*to provide a channel for the expression of retaliatory motives*).[466]

2. John Kaplan:

   John Kaplan mengemukakan adanya empat teori mengenai dasar-dasar pembenaran pidana, yaitu: Teori *Retribution, Deterrence, Incapacitation* dan *Rehabilitation*. Dasar-dasar pembenaran pidana yang lain adalah:

463 Ibid.
464 Ibid.
465 Ibid.
466 Ibid. Hal. 20.

a. untuk menghindari balas dendam (*avoidance of blood feuds*);
b. adanya pengaruh yang bersifat mendidik (*the educational effect*);
c. mempunyai fungsi memelihara perdamaian (*the peace keeping function*).[467]

3. Emile Durkheim:
Fungsi dari pidana adalah untuk menciptakan kemungkinan bagi pelepasan emosi-emosi yang ditimbulkan atau diguncangkan oleh adanya kejahatan (*the function of punishment is to create a possibility for the release of emotions that are aroused by the crime*).[468]

4. Fouconnet:
Pemidanaan dan pelaksanaan pidana pada hakikatnya merupakan penegasan kembali nilai-nilai kemasyarakatan yang telah dilanggar dan dirubah oleh adanya kejahatan itu (*the conviction and the execution of the sentences is essentially a ceremonial reaffirmation of te soocietal values that are violated and challenged by the crime*).[469]

5. Roger Hood:
Sasaran pidana di samping untuk mencegah si terpidana atau pembuat potensial melakukan tindak pidana juga untuk:
a. memperkuat kembali nilai-nilai sosial (*reinforcing social values*);
b. menentramkan rasa takut masyarakat terhadap kejahatan (*allaying public fear of crime*).[470]

6. G. Peter Hoefnagels:
Tujuan pidana adalah untuk:
a. penyelesaian konflik (*conflict resolution*);
b. mempengaruhi para pelanggar dan orang-orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibly other*

467 Ibid.
468 Ibid.
469 Ibid., hal. 20-21.
470 Ibid., hal. 21.

than offenders toward more or less Law conforming behavior).[471]

7. R. Rijksen:

   Membedakan antara dasar hukum dari pidana dengan tujuan pidana. Dasar hukum dari pidana terletak pada pembalasan terhadap kesalahan yakni dalam pembalasan itu terletak pembenaran daripada wewenang pemerintah untuk memidana (*strafbevoegdheid van de overheid*). Apakah penguasa juga akan menggunakan wewenang itu tergantung dari tujuan yang dikehendaki. Tujuan-tujuan itu menurut R. Rijksen.

   Rijksen adalah penegakan wibawa, penegakan norma, menakut-nakuti, mendamaikan, mempengaruhi tingkah laku dan menyelesaikan konflik (Van Veen, Hulsman dan Hoefnagels berpendapat sama).[472]

8. Roeslan Saleh:

   Pada hakikatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:

   a. segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
   b. segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

   Pada hakikatnya pidana adalah suatu perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tidak hukum. Di samping itu, pidana mengandung hal-hal lain, yaitu pidana diharapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.[473]

471 Ibid.
472 Ibid..
473 Ibid., hal. 22.

9. J.E. Sahetapy:
   Pidana harus dapat membebaskan si pelaku dari cara atau jalan yang keliru yang telah ditempuhnya. Makna membebaskan tidak identik dengan pengertian rehabilitasi atau reformasi. Makna membebaskan menghendaki agar si pelaku bukan saja harus dibebaskan dari alam pikiran yang jahat, yang keliru, melainkan ia harus pula dibebaskan dari kenyataan sosial di mana ia terbelenggu.
   Tidak dapat disangkal bahwa dalam pengertian pidana tersimpul unsur penderitaan. Namun penderitaan dalam tujuan membebaskan bukan semata-mata untuk penderitaan agar si pelaku menjadi takut atau merasa menderita akibat suatu pembalasan dendam, melainkan derita itu harus dilihat sebagai obat atau sebagai kunci jalan keluar yang membebaskan dan yang memberi kemungkinan bertobat dengan penuh keyakinan.[474]
10. Bismar Siregar:
    Yang pertama-tama patut diperhatikan dalam pemberian pidana, bagaimana caranya agar hukuman badaniah mencapai sasaran, mengembalikan keseimbangan yang telah terganggu akibat perbuatan si tertuduh, karena tujuan penghukuman tiada lain melainkan mewujudkan kedamaian dalam kehidupan manusia.[475]

J. PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA

Dalam rangka pembaharuan hukum pidana[476], Pada akhirnya, di awal tahun 2013, Presiden menyerahkan naskah Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) kepada DPR, untuk dilakukan pembahasan bersama. Rancangan ini merupakan naskah yang "secara terbatas" diperbaharui dari naskah RKUHP sebelumnya (tahun 2005).

474 Ibid., hal..22-23.
475 Ibid., hal. 23-24.
476 Pembaharuan hukum pidana dalam pembahasan ini, penulis hanya membahasnya secara terbatas dengan meninjau beberapa pasal yang dianggap bermasalah yang dirumuskan di dalam RKUHP.

Dikatakan terbatas, karena tidak banyak perubahan penting dalam naskah akhir RKUHP inisiatif pemerintah, yang telah diserahkan ke DPR.[477]

Sebagaimana naskah-naskah RKUHP sebelumnya, naskah RKUHP versi 2012 ini juga mendapat kritik keras dari publik. Kritik utama adalah banyaknya ketentuan yang akan diatur di dalam KUHP, yang mencapai 766 pasal. Makin banyaknya pasal RKUHP berkorelasi dengan makin banyaknya tindakan yang disebut sebagai kejahatan. Hampir semua tindak-tanduk warga negara diancam dengan pemidanaan, dengan mengatasnamakan moral, agama, kesusilaan dan ketertiban umum. Bahkan sejumlah perbuatan, yang masih menjadi kontroversi di masyarakat, masuk dalam ketegori kejahatan atau tidak, langsung dirumuskan oleh tim perumus sebagai suatu kejahatan. Dapat dikatakan, naskah RKUHP 2012 cenderung "*over criminalization*", rancangan kebijakan ini mencoba mengriminalkan sebanyak mungkin perbuatan individu, menempatkan negara dalam posisi pengawas perilaku masyarakat yang ketat, dan melegitimasi penggunaan alat koersif negara, yaitu hukum pidana.[478]

Bahkan RKUHP saat ini, melanjutkan situasi dan landasan kebahayaan tersebut, karena materinya lebih menekankan pada perlindungan kepentingan politik negara dan kepentingan hak-hak komunal. Tidak heran, jika kemudian muncul sejumlah delik yang kontrovesial dalam delik kesusilaan yang memasukkan tindakan hubungan individu di luar pernikahan, yang statusnya lajang, sebagai perzinahan dan dikategorikan sebagai kejahatan. Masih eksis dan lebih eksesif delik-delik penghinanan juga memperlihatkan kecenderungan tersebut di atas. Secara mudah, para perumus RKUHP, menjadikan suatu perbuatan menjadi kejahatan hanya karena ada 'gejolak' di masyarakat.[479]

477 Bandingkan Naskah RUU KUHP versi tahun 2005 dan versi terbaru yakni tahun 2012.

478 Lihat, Douglas Husak, Overcriminalization The Limits of the Criminal Law, (Oxford: Oxford University Press, 2008).

479 Dalam sejumlah dokumen dan pernyataan dari tim penyusun RKUHP disebutkan bahwa landasan mengatur sejumlah perbuatan menjadi tindak pidana adalah adanya permasalahan di masyarakat. Berkenaan hal tersebut, menurut Herbert L. Packer, ahli hukum pidana dari Universitas Stanford, California, menegaskan dalam tulisannya, bahwa untuk menentukan suatu perbuatan adalah suatu kejahatan atau bukan dan apa bentuk sanksinya jika termasuk kejahatan, harus terlebih dahulu diperhatikan beberapa hal berikut: apa alasan atau rasio legisnya bahwa suatu perbuatan adalah kejahatan dan harus diberikan sanksi. Harus ada definisi dan penjelasan yang ketat ketika akan menentukan suatau perbuatan adalah kriminal dan harus ada penghukuman. Tidak cukup hanya menggunakan alasan etis atau norma sosial lainnya untuk menentukan suatu perbuatan adalah pidana. Melalui pemaparan ini sebenarnya Packer ingin menegaskan kembali

RKUHP saat ini, jika ditelisik lebih jauh terbukti hampir seluruh materi dalam KUHP yang saat ini berlaku (Undang-Undang No. 1 Tahun 1946), tetap dicantumkan di dalamnya. Jadi pada dasarnya 'kita' tetap mengakui materi-materi buatan Belanda tersebut. Materi-materi yang ada pada dasarnya hanyalah penambahan-penambahan belaka dari KUHP saat ini, ditambah beberapa modifikasi atas Buku I yang mayoritas modifikasinya ternyata justru membuat apa yang sudah jelas dalam KUHP menjadi "tidak jelas".[480]

Penambahan materi daalam RKUHP pada umumnya juga sifatnya hanya memasukkan ketentuan-ketentuan pidana yang saat ini ada di luar KUHP ke dalam KUHP. Namun, upaya memasukkan materi tindak pidana yang saat ini sudah ada dalam sejumlah peraturan perundang-undangan khusus dilakukan dengan "sembrono", sehingga cukup banyak terjadi duplikasi pengaturan.[481]

Dalam rancangan, para perumus juga memasukan ketentuan mengenai berlakunya hukum adat atau hukum yang hidup dalam masyarakat di dalam Rancangan ini (Pasal 2 ayat (1). Dengan memasukkan ketentuan tersebut, maka asas legalitas (*principle of legality*) dapat dikesampingkan. Artinya, dengan rumusan ini, maka Pasal 1 (1) RKUHP tidak berlaku secara absolut, tetapi dapat diterobos dengan berlakunya hukum adat—seperti ditegaskan oleh Pasal 2 ayat (1), yang menyatakan: "Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan".

Berkenaan dengan beberapa rumusan pasal RKUHP yang menjadi *debatable* di atas menurut penulis, bahwa urgennya merekonstruksi ulang

bahwa hukum pidana adalah alat terakhir. Musti ada kejelasan tentang hal-hal apa saja yang negara dapat lakukan dan tidak dapat lakukan. Diakui Packer, ada dua model dalam perumusan hukum pidana, pertama menitikberatkan pada efisiensi, bahwa hukum pidana pada dasarnya ditujukan pada nilai efisiensi dalam pemberantasan kejahatan. Sementara kelompok kedua menekankan pada perlindungan individu dalam konfrontasi dengan negara. Lebih jauh diungkapkannya, kita sebaiknya tidak bergantung pada hukum pidana, tetapi mulai berpikir sistematis dalam menempatkan komitemen pada nilai-nilai atau norma-norma lainnya, seperti moral dan sosial.

480 Aliansi Nasional Reformasi KUHP, Meluruskan Arah Pembaruan KUHP: Catatan Kritis atas Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) 2012, hal. 5. Dokumen tersebut di akses pada http://docs.perpustakaan-elsam.or.id/ruu_kuhp/. Diakses 19 Februari 2014.

481 Lihat misalnya Pasal 632 dengan Pasal 636 dan Pasal 637, Pasal 666 dengan Pasal 690, Pasal 667 dengan Pasal 668, dan Pasal 631 dengan Pasal 695.

mengenai rumusan pasal yang akan melahirkan perdebatan yang alot dan akan berimplikasi ke aplikasi terhadap pasal tersebut. Argumentasinya, misalnya delik kesusilaan yang memasukkan tindakan hubungan individu di luar pernikahan, yang statusnya lajang, sebagai perzinahan dan dikategorikan sebagai kejahatan, bisa diprediksi akan menjadi *debatable* manakala kedua belah pihak (yang melakukan zina) berargumentasi dilakukan atas dasar suka sama suka. Dalam pembahasan berkenaan dengan hal tersebut, yang menjadi pertanyaan siapakah yang dirugikan dalam hal tersebut? Dari segi manakah yang menjadi kejahatan manakala dilakukan atas dasar suka sama suka? Bagaimana apabila jika pihak yang melakukannya telah menikah, apa bisa dikenakan kedaluwarsa? Hal inilah yang menjadi contoh kecil yang bisa diprediksi akan menjadi *debatable* dalam pengaplikasian terhadap rumusan pasal RUKHP. Selain itu, rumusan hukum adat yang ada pada RKHUP menurut penulis tidak tepat, argumentasinya adalah ketidakberdayaan asas kepastian hukum sebagaimana yang menjadi tujuan hukum itu sendiri dan bisa diprediksi, juga akan menjadi *debatable* dan multitafsir sesuai dengan agenda interpretator sang penafsir.

Selain perdebatan yang menarik di atas tentang beberapa rumusan di dalam RKUHP, belum lagi perdebatan pembaharuan hukum pidana dalam konteks pemberantasan korupsi di dalam rumusan RKUHP dan RKUHAP[482]. Misalnya, penyadapan yang dilakukan KPK harus dengan izin hakim, dihilangkannya kewenangan penuntutan dari KPK dan penyelidikan KPK dibatasi. Rumusan ini, menurut penulis sebagai rumusan pasal yang bersifat *hidden political intension* dan sangat bertentangan dengan pemberantasan korupsi sebagai *extra ordinary crime* dan upaya untuk mengkebiri dan bahkan mengamputasi lembaga KPK. Argumentasinya, sangat banyak ditemukan di dalam rumusan pasal yang delik khusus dan malah dimasukkan kedalam delik umum (pidana umum) yakni di dalam RKUHP. Artinya bahwa, semangat pembentukan lembaga khusus adalah untuk memberantas pidana khusus. Jadi, tidak tepat rumusan pidana khusus dan ditarik lagi ke pidana umum karena akan mengamputasi kewenangan lembaga penegak pidana khusus, misalnya KPK.

482 Lihat, RKUHAP.

BAB 14

HUKUM PERDATA

A. DEFINISI HUKUM PERDATA

Istilah hukum perdata pertama kali diperkenalkan oleh Prof. Djojodiguno sebagai teremahan dari *burgerlijkrecht* pada masa penduduka Jepang. Di samping istilah itu, sinonim hukum perdata adalah *civielrecht* dan *privatrecht.*

Para ahli memberikan batasan hukum perdata, seperti berikut. Van Dunne mengartikan hukum perdata, khususnya pada abad ke-19 adalah:

> "suatu peraturan yang mengatur tentang hal-hal yang sangat esensial bagi kebebasan individu, seperti orang dan keluarganya, hak milik dan perikatan. Sedangkan hukum publik memberikan jaminan yang minimal bagi kehidupan pribadi"

Pendapat lain yaitu Vollmar, dia mengartikan hukum perdata adalah:

> "aturan-aturan atau norma-norma yang memberikan pembatasan dan oleh karenanya memberikan perlindungan pada kepentingan prseorangan dalam perbandingan yang tepat antara kepentingan yang satu dengna kepentingan yang lain dari orang-orang dalam suatu masyarakat tertentu terutama yang mengenai hubungan keluarga dan hubungan lalu lintas"

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa pengertian hukum perdata yang dipaparkan para ahli di atas, kajian utamnya pada pengaturan tentang perlindungan antara orang yang satu degan orang lain, akan tetapi di dalam ilmu hukum subjek hukum bukan hanya orang tetapi badan hukum juga termasuk subjek hukum, jadi untuk pengertian yang lebih sempurna yaitu keseluruhan kaidah-kaidah hukum (baik tertulis maupun tidak tertulis) yang mengatur hubungan antara subjek hukum satu dengan yang lain dalam hubungan kekeluargaan dan di dalam pergaulan kemasyarakatan.

Di dalam hukum perdata terdapat 2 kaidah, yaitu:

1. Kaidah tertulis
   Kaidah hukum perdata tertulis adalah kaidah-kaidah hukum perdata yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi.
2. Kaidah tidak tertulis
   Kaidah hukum perdata tidak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum perdata yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat (kebiasaan).

Subjek hukum dibedakan menjadi 2 macam, yaitu:

1. Manusia
   Manusia sama dengan orang karena manusia mempunyai hak-hak subjektif dan kewenangan hukum.
2. Badan hukum
   Badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang mempunyai tujuan tertentu, harta kekayaan, serta hak dan kewajiban.

Subtansi yang diatur dalam hukum perdata antara lain:

1. Hubungan keluarga
   Dalam hubungan keluarga akan menimbulkan hukum tentang orang dan hukum keluarga.
2. Pergaulan masyarakat
   Dalam hubungan pergaulan masyarakat akan menimbulkan hukum harta kekayaan, hukum perikatan, dan hukum waris.

Dari berbagai paparan tentang hukum perdata di atas, dapat di temukan unsur-unsurnya yaitu:

1. Adanya kaidah hukum
2. Mengatur hubungan antara subjek hukum satu dengan yang lain.
3. Bidang hukum yang diatur dalam hukum perdata meliputi hukum orang, hukum keluarga, hukum benda, hukum waris, hukum perikatan, serta hukum pembuktian dan kedaluwarsa.[483]

Mengenai definisi hukum perdata, para ahli hukum mengalami *deviation* mengenai definisi dan pemahaman tentang hukum perdata. Adapun definisi tersebut sebagai berikut:

483 Salim, HS, Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW), Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hal. 7.

1. Mr. L.J. Van Apeldorn:
   Hukum sipil adalah peraturan-peraturan hukum yang mengatur kepentingan seseorang dan yang pelaksanaannya terserah kepada maunya yang berkepentingan sendiri.[484]
2. Prof. Mr. E.M. Mejers:
   Hukum sipil adalah hukum yang mengatur hak-hak yang diberikan kepada perorangan (individu), yang diserahkan sepenuhnya untuk menetapkan dengan merdeka, apabila ia akan mempergunakan hak-hak itu, sepenuhnya dapat melulu memperhatikan kepentingan sendiri.[485]
3. Mr. H.J. Hamaker:
   Hukum sipil adalah hukum yang pada umumnya berlaku, yaitu yang memuat peraturan-peraturan tentang tingkah laku orang-orang dalam masyarakat pada umumnya.[486]
4. H.F.A. Vollmar:
   Hukum perdata adalah aturan-aturan atau norma-norma yang memberikan pembatasan dan oleh karenanya memberikan perlindungan pada kepentingan-kepentingan perseorangan dalam perbandingan yang tepat antara kepentingan yang satu dengan kepentingan yang lain dari orang-orang dalam suatu masyarakat tertentu terutama yang mengenai hubungan keluarga dan hubungan lalu lintas.[487]

Para pakar hukum di Indonesia memiliki pandangannya sendiri.

1. Menurut Prof. Subekti, S.H.:
   Hukum perdata dalam arti yang luas meliputi semua hukum "Privat Meteriil", yaitu segala hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan.[488]
2. Prof. Soediman Kartohadiprodjo, S.H.:
   Hukum perdata (materiil) ialah kesemuanya kaidah hukum yang menentukan dan mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban perdata.[489]

484 Komariah, Hukum Perdata, Malang: UMM Press, 2002, Hal. 3.
485 Ibid.
486 Ibid.
487 Titik Triwulan Tutik, Pengantar Hukum Perdata di Indonesia, Jakarta: Prestasi Pustakan, 2006, Hal. 2-3.
488 P.N.H. Simanjuntak, Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia, Jakarta: Djambatan, 2009, Hal. 7.
489 Ibid.

3. Prof. Dr. Sudikno Mertokusumo, S.H.:
   Hukum perdata adalah hukum antarperorangan yang meengatur hak dan kewajiban perorangan yang satu terhadap yang lain di dalam hubungan keluarga dan di dalam pergaulan masyarakat.[490]
4. Prof. Dr. R. Wirjono Prodjodikoro, S.H.:
   Hukum perdata adalah suatu rangkaian hukum antara orang-orang atau badan hukum yang satu sama lain tentang hak dan kewajiban.[491]

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hukum perdata adalah rangkaian peraturan hukum yang mengatur hubungan subjek hukum (orang dan badan hukum) yang satu dengan subyek hukum yang lain dengan menitikberatkan pada kepentingan pribadi dari subjek hukum tersebut.[492]

Menurut Titik Triwulan Tutik, hukum perdata terdiri dari beberapa unsur, yaitu:[493]

Adanya kaidah hukum, yakni:

1. tertulis yang terdapat dalam perundang-undangan, traktat dan yurisprudensi
2. tidak tertulis yang timbul, tumbuh dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat (kebiasaan)
3. Mengatur hubungan hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum lainnya
3. Bidang hukum yang diatur dalam hukum perdata meliputi hukum orang, hukum keluarga, hukum benda dan sebagainya.

B. TEORI BADAN HUKUM

1. Badan Hukum Sebagai Subjek Hukum

Subjek hukum memiliki kedudukan dan peranan yang sangat penting di dalam bidang hukum, khususnya hukum keperdataan karena subjek hukum tersebut yang dapat mempunyai wewenang hukum. Istilah Subjek hukum berasal dari terjemahan bahasa Belanda yaitu *rechtsubject* atau *law of subject* (Inggris). Secara umum *rechtsubject* diartikan sebagai

490 Ibid.
491 Ibid.
492 Komariah, Op.cit., hal. 4.
493 Titik Triwulan Tutik, Op.cit., Hal. 3-4.

pendukung hak dan kewajiban, yaitu manusia dan badan hukum.[494]

Subjek hukum ialah segala sesuatu yang pada dasarnya memiliki hak dan kewajiban dalam lalu lintas hukum. Yang termasuk dalam pengertian subjek hukum ialah: manusia (*naturlijke persoon*) dan badan hukum[495] (*rechtpersoon*), misalnya PT. (Perseroan Terbatas), PN (Perusahaan Negara), Yayasan, Badan-badan Pemerintahan dan sebagainya.[496]

Di samping manusia sebagai pembawa hak, di dalam hukum juga badan-badan atau perkumpulan-perkumpulan dipandang sebagai subjek hukum yang dapat memiliki hak-hak dan melakukan perbuatan-perbuatan hukum seperti manusia. Badan-badan dan perkumpulan-perkumpulan itu dapat memiliki kekayaan sendiri, ikut serta dalam lalu-lintas hukum dengan perantaraan pengurusnya, dapat digugat dan menggugat di muka hakim. Badan-badan atau perkumpulan tersebut dinamakan Badan Hukum (*rechtspersoon*) yang berarti orang (*persoon*) yang diciptakan oleh hukum.[497] Jadi, ada suatu bentuk hukum (*rechtsfiguur*) yaitu badan hukum (*rechtspersoon*) yang dapat mempunyai hak-hak, kewajiban-kewajiban hukum dan dapat mengadakan hubungan hukum.

Black's Law Dictionary[498] memberikan pengertian *legal persons* ialah "*Anentity such as corporation, created by law given certain legal rights and duties of a human being; a being, real or imaginary, who for the purpose of legal reasoning is treated more or less as a human being*".

Menurut E. Utrecht,[499] badan hukum (*rechtspersoon*) yaitu badan yang menurut hukum berkuasa (berwenang) menjadi pendukung hak, yang tidak berjiwa, atau lebih tepat yang bukan manusia. Badan hukum sebagai gejala kemasyarakatan adalah suatu gejala yang riil, merupakan fakta yang benar-benar dalam pergaulan hukum biarpun tidak berwujud manusia atau benda yang dibuat dari besi, kayu dan sebagainya.

Menurut Molengraaff, badan hukum pada hakikatnya merupakan hak dan kewajiban dari para anggotanya secara bersama-sama, dan di

494 Titik Triwulan Tutik, Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional,. Prenada Media Group, Jakarta. 2008, hal 40.

495 Dalam bahasa asing, istilah badan hukum selain merupakan terjemahan dari istilah rechtspersoon (Belanda), juga merupakan terjemahan peristilahan persona moralis (Latin), legal persons (Inggris).

496 A. Ridwan Halim, Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab, Cetakan Kedua, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985, hal 29.

497 CST Kansil, Pengantar Ilmu Hukum, Cetakan Kedelapan, Balai Pustaka, Jakarta, 1989, hal. 216.

498 Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, Eight Edition,West Publishing Co, St. PaulMinn, 2004, hal. 1178.

499 Neni Sri Imaniyati, Hukum Bisnis: Telaah tentang Pelaku dan Kegiatan Ekonomi, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2009, hal. 124.

dalamnya terdapat harta kekayaan bersama yang tidak dapat dibagi-bagi. Setiap anggota tidak hanya menjadi pemilik sebagai pribadi untuk masing-masing bagiannya dalam satu kesatuan yang tidak dapat dibagi-bagi itu, tetapi juga sebagai pemilik bersama untuk keseluruhan harta kekayaan, sehingga setiap pribadi anggota adalah juga pemilik harta kekayaan yang terorganisasikan dalam badan hukum itu.[500]

Oetarid Sadino yang menterjemahkan buku L.J. van Apeldoorn yang berjudul *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht* (Pengantar Ilmu Hukum) yang berkenaan dengan masalah subjek hukum itu menyalin dalam bahasa Indonesia sebagai berikut:[501]

"Walau demikian, ajaran hukum, dan kini juga undang-undang mengakui adanya purusa atau subjek hukum yang lain daripada manusia. Untuk membedakannya, manusia disebut purusa kodrat (*natuurlijke personen*) yang lain purusa hukum. Akan tetapi ini tidak berarti, bahwa purusa yang demikian itu juga benar-benar terdapat: itu hanya berarti, bahwa sesuatu yang bukan purusa atau tak dapat merupakan purusa, diperlakukan seolah-olah ia adalah sesuatu purusa.

Istilah: purusa kodrat dan purusa hukum (istilah resminya ialah badan hukum) bersandar pada pandangan (yang berasal dari ajaran hukum kodrat) bahwa menurut kodratnya manusia adalah subjek hukum dan yang lain-lainnya memperoleh kewenangan hukumnya dari hukum positif....."

Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto mengenai istilah badan hukum ini berpendapat sebagai berikut:[502]

"Dalam menerjemahkan *zadelijk lichaam* menjadi badan hukum, *lichaam* itu benar terjemahannya badan, tetapi hukum sebagai terjemahan *zadelijk* itu salah, karena arti sebenarnya susila. Oleh karena itu, istilah *zadelijk lichaam* dewasa ini sinonim dengan *rechts persoon*, maka lebih baik kita gunakan pengertian itu dengan terjemahan pribadi hukum".

Dalam B.W (*Burgelijk Wetboek*) Belanda istilah *rechts persoon* baru diperkenalkan pada permulaan abad ke-XX, yaitu pada saat diadakannya undang-undang tentang kanak-kanak (*Kinderwetten*). Menurut Pasal 292 ayat 2 dan Pasal 302 Buku I BW serta sejak diadakannya buku Titel

500 Jimly Asshiddiqie, Op.cit., hal 69.

501 Chidir Ali, Op.cit, hal 16.

502 Purnadi Purbacaraka, Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional (suatu orientasi), Edisi I, CV Rajawali, Jakarta, 1983 dalam Chidir Ali, Ibid, hal 17.

10 Buku III BW (lama) pada tahun 1838 abad yang lalu terdapat banyak ketentuan tentang apa yang dimaksud *rechts personen* tetapi istilah yang dipergunakan adalah *zedelijk lichaam* (badan susila). Titel 10 ini (Pasal 1600 s.d. 1702) telah dicabut sejak diundangkannya Buku II N.B.W (*new*, baru) tentang *rechts personen* pada tahun 1976. Buku II N.B.W tersebut dibagi dalam 7 titel, yaitu:[503]

Titel 1 : *Algemene bepalingen* (Peraturan Umum Pasal 1 – 25);
Titel 2 : *Verenigingen* (Perkumpulan-perkumpulan, Pasal 26 – 63);
Titel 3 : *Naamloze vennootschappen* (Perseroan Terbatas, Pasal 64 – 174);
Titel 4 : *Besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid* (Perseroan Tertutup dengan pertangungan jawab terbatas, Pasal 175 – 284);
Titel 5 : *Stichtingen* (Yayasan-yayasan, Pasal 285 – 305);
Titel 6 : *De jaarrekening* (Perhitungan tahunan, Pasal 306 – 343);
Titel 7 : *Het recht van enquete* (Hak angket, Pasal 344 – 359).

Sampai tahun 1976 hukum NV Perseroan Terbatas) dan BV (Perseroan Tertutup) diatur dalam W.v.K (KUH Dagang, Pasal 36 – 58g) dan dengan telah berlakunya Buku II B.W pada tahun 1976, maka peraturan NV dan BV dialihkan dalam B.W tersebut.[504]

Istilah badan hukum sudah merupakan istilah yang resmi, istilah ini dapat dijumpai dalam perundang-undangan, antara lain:

(1) dalam hukum pidana ekonomi istilah badan hukum disebut dalam Pasal 12 *Hamsterwet* (Undang-Undang penimbunan barang) L.N. 1951 N0.90 jo L.N. 1953 No.4. Keistimewaan *Hamsterwet* ini ialah *Hamsterwet* menjadi peraturan yang pertama di Indonesia yang memberi kemungkinan menjatuhkan hukuman menurut hukum pidana terhadap badan hukum. Kemudian kemungkinan tersebut secara umum ditentukan dalam Pasal 15 L.N. 1955 No.27;
(2) dalam Undang-Undang Pokok Agraria No.5 Tahun 1960 antara lain Pasal 4 ayat 1;
(3) dalam Perpu No.19 Tahun 1960 tentang Bentuk-bentuk Usaha Negara;
(4) dalam Undang-Undang Badan Usaha Milik Negara No.19 Tahun 2003 antara lain Pasal 35 ayat 2.

503 Ibid, hal 14.
504 Ibid, hal 15.

(5) dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas No.40 Tahun 2008 antara lain Pasal 1 ayat 9 dan ayat 10, Pasal 10, Pasal 13, Pasal 14, dan lain sebagainya.

Chidir Ali,[505] menyatakan bahwa untuk memberi pengertian tentang badan hukum merupakan persoalan teori hukum dan persoalan hukum positif, yaitu:

(1) Menurut teori hukum, "apa" badan hukum, dapat dijawab bahwa badan hukum adalah subjek hukum yaitu segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat itu oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban.
(2) Menurut hukum positif, "siapa" badan hukum, yaitu siapa saja yang oleh hukum positif diakui sebagai badan hukum.

Menurut Sri Soedewi Masjchoen[506], bahwa badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang bersama-sama bertujuan untuk mendirikan suatu badan, yaitu:

(1) berwujud himpunan, dan
(2) harta kekayaan yang disendirikan untuk tujuan tertentu, dan dikenal dengan yayasan.

Selanjutnya Salim HS[507] berpendapat bahwa badan hukum adalah kumpulan orang-orang yang mempunyai tujuan (arah yang ingin dicapai) tertentu, harta kekayaan, serta hak dan kewajiban. Berdasarkan uraian tersebut, maka dapat dikemukakan bahwa unsur-unsur badan hukum, antara lain:

(1) mempunyai perkumpulan;
(2) mempunyai tujuan tertentu;
(3) mempunyai harta kekayaan;
(4) mempunyai hak dan kewajiban; dan
(5) mempunyai hak untuk menggugat dan digugat.

Adanya badan hukum (*rechts persoon*) di samping manusia tunggal (*natuurlijk persoon*) adalah suatu realita yang timbul sebagai suatu kebutuhan hukum dalam pergaulan di tengah-tengah masyarakat. Sebab, manusia selain mempunyai kepentingan perseorangan juga mempunyai kepentingan bersama dan tujuan bersama yang harus diperjuangkan

505 Ibid, hal 18.

506 Sri Soedewi Masjchoen dalam Salim HS, Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW), Sinar Grafika, Cetakan kelima, Jakarta, 2008, hal 26.

507 Salim HS, Op.cit., hal 26.

bersama pula. Karena itu mereka berkumpul mempersatukan diri dengan membentuk suatu organisasi dan memilih pengurusnya untuk mewakili mereka. Mereka juga memasukkan harta kekayaan masing-masing menjadi milik bersama, dan menetapkan peraturan-peraturan intern yang hanya berlaku di kalangan mereka anggota organisasi itu. Dalam pergaulan hukum, semua orang-orang yang mempunyai kepentingan bersama yang tergabung dalam kesatuan kerja sama tersebut dianggap perlu sebagai kesatuan yang baru, yang mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban anggota-anggotanya serta dapat bertindak hukum sendiri.

Sebagaimana halnya subjek hukum manusia, badan hukum memiliki hak dan kewajiban serta dapat pula mengadakan hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking*/*rechtsverhouding*) baik antara badan hukum yang satu dengan badan hukum lain maupun antara badan hukum dengan orang manusia (*natuurlijkpersoon*). Karena itu badan hukum dapat mengadakan perjanjian-perjanjian jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa dan segala macam perbuatan di lapangan harta kekayaan.[508]

Dengan demikian badan hukum adalah pendukung hak dan kewajiban yang tidak berjiwa sebagai lawan pendukung hak dan kewajiban yang berjiwa yakni manusia. Sebagai subjek hukum yang tidak berjiwa, maka badan hukum tidak mungkin berkecimpung di lapangan keluarga, seperti mengadakan perkawinan, melahirkan anak dan lain sebagainya.

Hukum memberi kemungkinan, dengan memenuhi syarat-syarat tertentu, bahwa suatu perkumpulan atau badan lain dianggap sebagai orang, yang merupakan pembawa hak, suatu subjek hukum dan karenanya dapat menjalankan hak-hak seperti orang biasa, dan begitu pula dapat dipertanggunggugatkan. Sudah barang tentu badan hukum itu bertindaknya harus dengan perantaraan orang biasa, akan tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya sendiri melainkan untuk dan atas pertanggunggugat badan hukum.

Menurut Chidir Ali[509] pengertian badan hukum sebagai subjek hukum itu mencakup hal berikut, yaitu:

- perkumpulan orang (organisasi);
- dapat melakukan perbuatan hukum (*rechtshandeling*) dalam hubungan-hubungan hukum (*rechtsbetrekking*);

508 Riduan Syahrani, Seluk Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata, Alumni, Bandung, 1985, hal 54.
509 Chidir Ali, Op.cit, hal 21.

- mempunyai harta kekayaan tersendiri;
- mempunyai pengurus;
- mempunyai hak dan kewajiban;
- dapat digugat atau menggugat di depan Pengadilan.

Setiap badan hukum yang dapat dikatakan mampu bertanggung jawab (*rechts bevoegheid*) secara hukum, haruslah memiliki empat unsur pokok, yaitu:[510]

1) Harta kekayaan yang terpisah dari kekayaan subjek hukum yang lain;
2) Mempunyai tujuan ideal tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;
3) Mempunyai kepentingan sendiri dalam lalu lintas hukum;
4) Ada organisasi kepengurusannya yang bersifat teratur menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan peraturan internalnya sendiri.

H.M.N Purwosutjipto mengemukakan beberapa syarat agar suatu badan dapat dikategorikan sebagai badan hukum. Persyaratan agar suatu badan dapat dikatakan berstatus badan hukum meliputi keharusan:[511]

(1) Adanya harta kekayaan (hak-hak) dengan tujuan tertentu yang terpisah dengan kekayaan pribadi para sekutu atau pendiri badan itu. Tegasnya ada pemisahan kekayaan perusahaan dengan kekayaan pribadi para sekutu;
(2) Kepentingan yang menjadi tujuan adalah kepentingan bersama;
(3) Adanya beberapa orang sebagai pengurus badan tersebut.

Ketiga unsur tersebut di atas merupakan unsur material (substantif) bagi suatu badan hukum. Kemudian persyaratan lainnya adalah persyaratan yang bersifat formal, yakni adanya pengakuan dari negara yang mengakui suatu badan adalah badan hukum.

Menurut Riduan Syahrani[512]ada beberapa syarat yang harus dipenuhi oleh suatu badan/perkumpulan/badan usaha agar dapat dikatakan sebagai badan hukum (*rechts persoon*). Menurut doktrin syarat-syarat itu adalah sebagai berikut di bawah ini:

510 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 71.

511 H.M.N. Purwosutjipto, Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia, Jilid 2, Djambatan, Jakarta, 1982, hal 63 dalam Ridwan Khairandy, Perseroan Terbatas: Doktrin, Peraturan Perundang-Undangan, dan Yurispudensi, Cetakan Kedua, Total Media, Yogyakarta, 2009, hal. 10.

512 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 61.

1) Adanya kekayaan yang terpisah;
2) Mempunyai tujuan tertentu;
3) Mempunyai kepentingan sendiri;
4) Ada organisasi yang teratur

Pada akhirnya yang menentukan suatu badan/perkumpulan/ perhimpunan sebagai badan hukum atau tidak adalah hukum positif yakni hukum yang berlaku pada suatu daerah/negara tertentu, pada waktu tertentu dan pada masyarakat tertentu. Misalnya, di Prancis dan Belgia, hukum positifnya mengakui Perseroan dan Firma sebagai badan hukum. Sedangkan di Indonesia hukum positifnya tidak mengakuinya sebagai badan hukum.

Dengan demikian, di dalam hukum modern dewasa ini, suatu badan, perkumpulan, atau suatu perikatan hukum untuk dapat disebut sebagai badan hukum haruslah memenuhi lima unsur persyaratan sekaligus. Kelima unsur persyaratan itu adalah:[513]

(1) harta kekayaan yang terpisah dari kekayaan subjek hukum yang lain;
(2) unsur tujuan ideal tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan;
(3) kepentingan sendiri dalam lalu-lintas hukum;
(4) organisasi kepengurusannya yang bersifat teratur menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan peraturan internalnya sendiri;
(5) terdaftar sebagai badan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam B.W Indonesia atau KUH Perdata tidak mengatur secara lengkap dan sempurna tentang badan hukum (*rechts persoon*), dalam BW ketentuan tentang badan hukum hanya termuat pada Buku III Titel IX Pasal 1653 s/d 1665 dengan istilah "*van zedelijkelichamen*" yang dipandang sebagai perjanjian, karena itu lalu diatur dalam Buku III tentang Perikatan. Kata *rechts persoon* tidak dijumpai dalam Bab IX Buku III KUH Perdata, meskipun maksudnya yaitu antara lain mengatur *rechts persoon lijkheid* (kepribadian hukum) yaitu bahwa badan hukum itu memiliki kedudukan sebagai subjek hukum. Hal ini menimbulkan keberatan para ahli karena badan hukum adalah person, maka seharusnya dimasukkan dalam Buku I tentang Orang.

513 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 77.

Peraturan perundang-undangan lain yang mengatur tentang badan hukum ini antara lain termuat dalam Stb. 1870 No. 64 tentang pengakuan badan hukum; Stb 1927 No. 156 tentang Gereja dan Organisasi-organisasi agama; Undang-Undang No. 2 Tahun 992 tentang Usaha Perasuransian. Undang-Undang No. 25 tahun 1992 tentang Perkoperasian; Undang-Undang No.1 tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas; Undang-Undang No. 12 tahun 1998 tentang Perbankan dan Undang-Undang No.16 tahun 2001 tentang Yayasan yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 28 tahun 2004.[514]

Mengenai perwujudan badan hukum sudah berabad-abad lamanya menjadi perselisihan dan perjuangan pendapat dari para ahli hukum. Selama belum dapat diketemukan suatu pandangan dan pendapat yang tepat dan benar di dalam metode dari bentuk-bentuk pengertian umum dan dalam nilai bagi ilmu pengetahuan pada umumnya dan bagi tafsiran peraturan-peraturan undang-undang pada khususnya, selama itu pula akan tetap merupakan perjuangan pendapat. Hal ini dapat kita lihat, betapa banyaknya teori-teori mengenai badan hukum.

Untuk mengetahui hakikat badan hukum, dalam ilmu pengetahuan hukum timbul bermacam-macam teori tentang badan hukum yang satu sama lain berbeda-beda. Berikut ini dikemukakan 5 (lima) teori yang sering dikutip oleh penulis-penulis ahli hukum kita yakni sebagai berikut:[515]

(1) Teori Fiksi

Teori ini dipelopori oleh Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Teori ini dianut di beberapa negara, antara lain di negeri Belanda dianut oleh Opzomer, Diephuis, Land dan Houwing serta Langemeyer.

Menurut teori ini badan hukum itu semata-mata buatan negara saja. Badan hukum itu hanyalah fiksi, yakni sesuatu yang sesungguhnya tidak ada, tetapi orang yang menghidupkannya dalam bayangan sebagai subjek hukum yang dapat melakukan perbuatan hukum seperti manusia. Dengan kata lain sebenarnya

514 Neni Sri Imaniyati, Op.cit, hal 126.

515 Chidir Ali,Op.cit, hal 31-37; Ali Rido, Badan Hukum Dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf, Alumni, Bandung, 2004, hal 7-10; Lihat juga, Riduan Syahrani, Op.cit, hal 55-57; Salim HS, Op.cit, hal 29-31; Titik Triwulan Tutik, Op.cit, hal 48-50.

menurut alam hanya manusia selaku subjek hukum, tetapi orang menciptakan dalam bayangannya, badan hukum selaku subjek hukum diperhitungkan sama dengan manusia. Jadi, orang bersikap seolah-olah ada subjek hukum yang lain, tetapi wujud yang tidak riil itu tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan, sehingga yang melakukan ialah manusia sebagai wakil-wakilnya. Sehingga badan hukum bila akan bertindak harus dengan perantaraan wakilnya yaitu alat-alat perlengkapannya, misalnya: direktur atau pengurus dalam suatu perseroan terbatas atau korporasi.

(2) Teori Kekayaaan Bertujuan

Menurut teori ini hanya manusia saja yang dapat menjadi subjek hukum. Namun ada kekayaan (*vermogen*) yang bukan merupakan kekayaan seseorang, tetapi kekayaan itu terikat tujuan tertentu. Kekayaan yang tidak ada yang mempunyai dan terikat kepada tujuan tertentu inilah yang diberi nama badan hukum. Kekayaan badan hukum dipandang terlepas dari yang memegangnya (*onpersoonlijk/subjectloos*). Di sini yang penting bukan siapakah badan hukum itu, tetapi kekayaan tersebut diurus dengan tujuan tertentu. Karena itu, menurut teori ini tidak perduli manusia atau bukan, tidak perduli kekayaan itu merupakan hak-hak yang normal atau bukan, pokoknya adalah tujuan dari kekayaan tersebut.

Adanya badan hukum diberi kedudukan seperti sebagai orang disebabkan badan ini mempunyai hak dan kewajiban yaitu hak atas harta kekayaan dan dengannya itu memenuhi kewajiban-kewajiban kepada pihak ketiga. Oleh sebab itu, badan tersebut memiliki hak/kewajiban dengan begitu ia sebagai subjek hukum (*subjectum juris*). Kekayaan yang dimiliki biasanya berasal dari kekayaan seseorang yang dipisahkan atau disendirikan dari kekayaan orang yang bersangkutan dan diserahkan kepada badan tersebut, misalnya; Yayasan, Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), dan sebagainya.

Teori ini juga disebut ajaran Zweckvermogen, *destinataris theorie* atau *leer van het doelvermogen*. Penganut teori kekayaan bertujuan ini adalah A. Brinz (sarjana Jerman) dan diikuti oleh Van der Heijden dari Belanda.

(3) Teori Organ

Teori ini dikemukakan oleh sarjana Jerman, Otto von Gierke (1841-1921), pengikut aliran sejarah dan di negeri Belanda dianut oleh L.G. Polano. Ajarannya disebut *leer der volledige realiteit* ajaran realitas sempurna.

Menurut teori ini badan hukum itu seperti manusia, menjadi penjelmaan yang benar-benar dalam pergaulan hukum yaitu '*eine leiblichgeistige Lebensein heit*'. Badan hukum itu menjadi suatu '*verbandpersoblich keit*' yaitu suatu badan yang membentuk kehendaknya dengan perantaraan alat-alat atau organ-organ badan tersebut misalnya anggota-anggotanya atau pengurusnya seperti manusia yang mengucapkan kehendaknya dengan perantaraan mulutnya atau dengan perantaraan tanganya jika kehendak itu ditulis di atas kertas. Apa yang mereka (*organen*) putuskan, adalah kehendak dari badan hukum.

Badan hukum itu bukan abstrak (fiksi) dan bukan kekayaan (hak) yang tidak bersubjek. Tetapi badan hukum adalah suatu organisme yang riil, yang menjelma sungguh-sungguh dalam pergaulan hukum, yang dapat membentuk kemauan sendiri dengan perantaraan alat-alat yang ada padanya (pengurus, anggota-anggotanya), seperti manusia biasa yang mempunyai organ [panca indera] dan sebagainya.

Dengan demikian menurut teori organ, badan hukum bukanlah suatu hal yang abstrak, tetapi benar-benar ada. Badan hukum bukanlah suatu kekayaan (hak) yang tidak bersubjek, tetapi badan hukum itu suatu organisme yang riil, yang hidup dan bekerja seperti manusia biasa. Tujuan badan hukum menjadi kolektivitas, terlepas dari individu, ia suatu '*Verband personlichkeit* yang memiliki *Gesamwille*'. Berfungsinya badan hukum dipersamakan dengan fungsinya manusia. Jadi badan hukum tidak berbeda dengan manusia, dapat disimpulkan bahwa tiap-tiap perkumpulan/perhimpunan orang adalah badan hukum.

(4) Teori Kekayaan Bersama (*Propriete Collective Theory*)

Teori ini dikemukakan oleh Rudolf von Jhering (1818-1892) sarjana Jerman pengikut aliran/mazhab sejarah tetapi keluar. Pengikut teori ini adalah Marcel Pleniol (Prancis) dan Molengraaff

(Belanda), kemudian diikuti Star Busmann, Kranenburg, Paul Scolten dan Apeldoorn.

Menurut teori ini hak dan kewajiban badan hukum pada hakikatnya adalah hak dan kewajiban para anggota bersama-sama. Kekayaan badan hukum adalah milik (*eigendom*) bersama seluruh anggotanya. Orang-orang yang berhimpun tersebut merupakan suatu kesatuan dan membentuk suatu pribadi yang dinamakan badan hukum. Oleh karena itu, badan hukum adalah suatu konstruksi yuridis saja.

Pada hakikatnya badan hukum itu sesuatu yang abstrak. Teori kekayaan bersama ini berpendapat bahwa yang dapat menjadi subjek-subjek hak badan hukum, yaitu:

a. manusia-manusia yang secara nyata ada dibelakangnya;
b. anggota-anggota badan hukum; dan
c. mereka yang mendapat keuntungan dari suatu yayasan.

(5) Teori Kenyataan Yuridis

Teori ini dikemukakan oleh sarjana Belanda E.M. Meijers dan dianut oleh Paul Scholten, serta sudah merupakan *de heersende leer*. Menurut Meijers badan hukum itu merupakan suatu realitas, konkret, riil, walaupun tidak dapat diraba, bukan khayal, tetapi suatu kenyataan yuridis. Meijers menyebut teori tersebut sebagai teori kenyataan sederhana (*eenvoudige realiteit*), karena menekankan bahwa hendaknya dalam mempersamakan badan hukum dengan manusia itu terbatas sampai pada bidang hukum saja. Jadi menurut teori kenyataan yuridis badan hukum adalah wujud yang riil, sama riilnya dengan manusia.

Dengan kata lain, menurut teori ini badan hukum dipersamakan dengan manusia adalah suatu realita yuridis, yaitu suatu fakta yang diciptakan oleh hukum. Jadi adanya badan hukum itu karena ditentukan oleh hukum sedemikian itu. Sebagai contoh, koperasi merupakan kumpulan yang diberi kedudukan sebagai badan hukum setelah memenuhi persyaratan tertentu, tetapi Firma bukan merupakan badan hukum, karena hukum di Indonesia menentukan demikian (vide Pasal 18 KUH Dagang).

Menurut Chidir Ali, teori-teori badan hukum yang ada, sebenarnya dapat dihimpun dalam dua golongan yaitu:[516]

516 Chidir Ali, Op.cit, hal 30.

(1) teori yang berusaha ke arah peniadaan persoalan badan hukum, antara lain dengan jalan mengembalikan persoalan tersebut kepada orang-orangnya, yang merupakan orang-orang yang sebenarnya berhak. Termasuk golongan ini ialah teori Orgaan, teori kekayaan bersama.

(2). teori lainnya yang hendak mempertahankan persoalan badan hukum, ialah teori fiksi, teori kekayaan yang bertujuan, teori kenyataan yuridis.

Meskipun teori-teori tentang badan hukum tersebut berbeda-beda dalam memahami hakikat badan hukum, namun teori-teori itu sependapat bahwa badanbadan hukum dapat berkicimpung dalam pergaulan hukum di masyarakat, meskipun dengan beberapa pengecualian.

C. PEMBAGIAN BADAN HUKUM

Badan hukum dapat dibedakan menurut bentuknya, peraturan yang mengaturnya, dan sifatnya.[517]

1) Badan hukum menurut bentuknya (Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 3 NBW (BW Baru) negeri Belanda.

   Badan hukum menurut bentuknya adalah pembagian badan hukum berdasarkan pendiriannya. Ada dua macam badan hukum berdasarkan bentuknya, yaitu: (1) badan hukum publik dan badan hukum privat. Yang termasuk hukum publik adalah seperti negara, provinsi, kotapraja, majelis-majelis, lembaga-lembaga, dan bank-bank negara. Sedangkan yang termasuk badan hukum privat adalah perkumpulan-perkumpulan, Perseroan Terbatas (PT), Perusahaan Tertutup dengan tanggung jawab terbatas, dan yayasan.

2) Badan hukum menurut peraturan yang mengaturnya adalah suatu pembagian badan hukum yang didasarkan atas ketentuan yang mengatur badan hukum tersebut. Ada dua macam badan hukum berdasarkan aturan yang mengaturnya:

   a. badan hukum yang terletak dalam lapangan hukum perdata BW. Ini akan menimbulkan badan hukum perdata Eropa.

517 Salim HS, Op.cit, hal 26.

Yang termasuk badan hukum Eropa, adalah (1) *zedelijke lichaam*: Perhimpunan yang diatur dalam Buku III KUH Perdata (Pasal 1653 s.d Pasal 1665) dan Stb. 1870 No. 64, (2) PT. Firma, dan lain-lain yang didirikan menurut KUH Dagang, dan (3) CV didirikan menurut ketentuan Stb. 1933 No. 108;

b. badan hukum yang terletak dalam lapangan hukum perdata adat. Ini akan menimbulkan badan hukum Bumiputra. Yang termasuk badan hukum Bumiputra: (1) Maskapai Andil Indonesia (M.A.I) yang didirikan menurut Stb. 1939 No. 569; (2) perkumpulan Indonesia yang didirikan menurut Stb. 1939 No. 570; dan (3) koperasi Indonesia yang didirikan menurut Stb. 1927 No. 1.

3) Badan hukum menurut sifatnya (Utrecht dan Djindang, 1983). Badan hukum menurut sifatnya dibagi dua macam, yaitu: (1) korporasi (*corporatie*), dan yayasan (*stichting*).

Menurut Pasal 1653 BW badan hukum dapat dibagi atas 3 macam yaitu:[518]

(1) Badan hukum yang diadakan oleh pemerintah/kekuasaan umum, misalnya Daerah Tingkat I, Daerah Tingkat II/ Kotamadya, Bank-bank yang didirikan oleh negara dan sebagainya.

(2) Badan hukum yang diakui oleh pemerintah/kekuasaan umum, misalnya perkumpulan-perkumpulan, gereja dan organisasi-organisasi keagamaan dan sebagainya.

(3) Badan hukum yang didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang dan kesusilaan, seperti PT, perkumpulan asuransi, perkapalan dan lain sebagainya.

Selanjutnya Riduan Syahrani[519] mengemukakan bahwa badan hukum dapat dibedakan berdasarkan wujudnya dan jenisnya.

1) Berdasarkan wujudnya badan hukum dapat dibedakan atas dua macam:

a. Korporasi (*corporatie*) adalah gabungan (kumpulan) orang-orang yang dalam pergaulan hukum bertindak

518 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 57.
519 Ibid. hal 58-59.

bersama-sama sebagai suatu subjek hukum tersendiri. Karena itu korporasi ini merupakan badan hukum yang beranggota, akan tetapi mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban sendiri yang terpisah dengan hak-hak dan kewajiban-kewajiban para anggotanya. Misalnya: PT (NV), perkumpulan asuransi, para anggotanya. Misalnya: PT (NV), perkumpulan asuransi, perkapalan, koperasi, dan sebagainya.

b. Yayasan (*stichting*) adalah harta kekayaan yang ditersendirikan untuk tujuan tertentu. Jadi pada yayasan tidak ada anggota, yang ada hanyalah pengurusnya.

2) Berdasarkan jenisnya badan hukum dapat dibedakan atas dua macam:

a. Badan hukum publik;

b. Badan hukum privat.

Chidir Ali mengemukakan macam badan hukum publik dan badan hukum perdata (badan hukum privat), sebagai berikut:[520]

1). Badan hukum publik dapat dibedakan atas dua macam, yaitu:

a. Badan hukum yang mempunyai teritorial

Suatu badan hukum itu pada umumnya harus memperhatikan atau menyelenggarakan kepentingan mereka yang tinggal di dalam daerah atau wilayahnya. Misalnya, Negara Republik Indonesia itu mempunyai wilayah dari Sabang sampai Merauke. Provinsi Jawa Barat, Kotapraja-kotapraja masing-masing mempunyai wilayah: selain itu ada juga badan hukum yang hanya menyelenggarakan kepentingan beberapa orang saja, seperti subak di Bali, Water schape di Klaten;

b. Badan hukum yang tidak mempunyai teritorial

Adalah suatu badan hukum yang dibentuk oleh yang berwajib hanya untuk tujuan tertentu saja, contohnya Bank Indonesia adalah badan hukum yang dibentuk yang berwajib hanya untuk tujuan yang tertentu saja, yang dalam bahasa Belanda disebut *publiek rechtelijke* d*oel corporatie* dan oleh Soenawar Soekawati disebut badan hukum kepentingan. Badan hukum tersebut dianggap

520 Chidir Ali, Op.cit, hal 62-63.

tidak mempunyai teritorial, atau teritorialnya sama dengan teritorialnya negara.

2). Badan hukum perdata

Dalam badan hukum keperdataan yang penting ialah badan-badan hukum yang terjadi atau didirikan atas pernyataann kehendak dari orang-perorangan. Di samping ini, badan hukum publik pun dapat juga mendirikan suatu badan hukum keperdataan, misalnya Negara Republik Indonesia mendirikan yayasan-yayasan, PT-PT Negara dan lain-lain, bahkan daerah-daerah otonom dapat mendirikan seperti bank-bank daerah.

Ada beberapa macam badan hukum perdata, antara lain:

a) perkumpulan (*vereniging*) diatur dalam Pasal 1653 KUH Perdata, juga Stb. 1870-64 dan Stb. 1939-570.
b) Perseroan Terbatas (PT) diatur dalam Pasal 36 KUH Dagang;
c) Rederij diatur dalam Pasal 323 KHU Dagang,
d) *Kerkgenootschappen* diatur dalam Stb. 1927-156;
e) Koperasi diatur dalam Undang-Undang Pokok Koperasi no. 12 tahun 1967;
f) Yayasan dan lain sebagainya.

Untuk menentukan sesuatu badan hukum termasuk badan hukum publik atau termasuk badan hukum privat/perdata, dalam *stelsel* hukum Indonesia dapat dipergunakan kriteria, yaitu:[521]

a. dilihat dari cara pendiriannya/terjadinya, artinya badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yaitu didirikan oleh penguasa (negara) dengan undang-undang atau peraturan-peraturan lainnya, juga meliputi kriteria berikut;
b. lingkungan kerjanya, yaitu apakah dalam melaksanakan tugasnya badan hukum itu pada umumnya dengan publik/umum melakukan perbuatan-perbuatan hukum perdata, artinya bertindak dengan kedudukan yang sama dengan publik/umum atau tidak. Jika tidak, maka badan hukum itu merupakan badan hukum publik; demikian pula dengan kriteria;
c. Mengenai wewenangnya, yaitu apakah badan hukum yang didirikan oleh penguasa (negara) itu diberi wewenang untuk

521 Chidir Ali, Ibid, hal 62.

membuat keputusan, ketetapan atau peraturan yang mengikat umum. Jika ada wewenang publik, maka ia adalah badan hukum publik.

Demikianlah, jika ketiga kriteria (unsur) itu terdapat pada suatu badan atau badan hukum, maka ia dapat disebut badan hukum politik.

Menurut Salim HS,[522] yang termasuk kategori badan hukum privat adalah himpunan, PT, Firma, MAI, Koperasi dan yayasan. Perbedaanya dapat dibedakan berikut ini:

1. Perhimpunan
   1) Tujuan dan organisasi ditentukan oleh para anggota;
   2) Anggota-anggota itu sewaktu-waktu dapat diganti;
   3) Ada hubungan pelaksanaan tujuan dengan pekerjaan yang harus dilakukan oleh para anggota atau alat perlengkapan badan itu.
2. Perseroan Terbatas (PT)
   1) Persekutuan atau persetujuan antara dua orang atau lebih;
   2) Menyerahkan atau memusatkan sesuatu barang atau uang atau tenaga dengan maksud untuk mengusahakan itu dan membagi keuntungan yang didapatnya;
   3) Dengan modal perseroan yang tertentu yang terbagi atas saham-saham;
   4) Para persero ikut serta dalam modal itu dengan mengambil satu saham atau lebih;
   5) Melakukan perbuatan-perbuatan hukum di bawah nama yang sama, dengan tanggungjawab semata-mata terbatas pada modal yang mereka setorkan.
3. Firma
   1) didirikan oleh lebih dari satu orang dalam suatu perjanjian;
   2) memasukkan sesuatu (barang atau uang) dengan maksud untuk melakukan perusahaan di bawah satu nama;
   3) membagi keuntungan yang didapatnya;
   4) Anggota-anggotanya masing-masing langsung mempunyai tanggung jawab renteng (bersama) dan sepenuhnya terhadap pihak ketiga;
   5) Setiap pesero tidak dikecualikan berkuasa untuk bertindak

522 Salim HS, Op.cit, hal 28-29.

atas nama firma, mengeluarkan uang, mengadakan perjanjian-perjanian dan sebagainya.
6) Mengikat pesero lain kepada pihak ketiga;
7) Pendiirian harus dilakukan dengan akta notaris meskipun hal itu bukan merupakan syarat mutlak.

4. Maskapai Andil Indonesia (M.A.I)
1) Pemegang saham hanya orang-orang bumiputra;
2) Surat-surat saham harus atas nama;
3) Tidak dapat membeli sendiri sahamnya (*inkoop*)
4) Tidak diperkenankan menerima gadai saham-sahamnya.

5. Korporasi
1) para anggota secara bersama-sama mempunyai harta kekayaan;
2) para anggota bersama-sama merupakan orang yang memegang kekuasaan yang tertinggi;
3) para anggota dan pengurusnya yang menentukan maksud dan tujuan korporasi;
4) titik berat pada kekuasaannya dan kerja.

6. Yayasan
1) tujuan dan organisasi ditentukan oleh orang-orang yang mendirikan yayasan itu;
2) tidak ada organisasi anggota-anggota
3) Tidak ada wewenang pada pengurus untuk mengadakan perubahan yang mendalam terhadap tujuan dan organisasi;
4) Pelaksanaan tujuan terutama dengan modal yang diperuntukkan bagi tujuan itu.

1. Kekayaan Badan Hukum Terpisah dengan Kekayaan Pendiri, Pemilik, dan Pengurus

Harta kekayaan badan hukum diperoleh dari para anggota maupun dari perbuatan pemisahan yang dilakukan seseorang/partikelir/pemerintah untuk suatu tujuan tertentu. Adanya harta kekayaaan ini dimaksudkan sebagai alat untuk mencapai tujuan tertentu daripada badan hukum yang bersangkutan. Harta kekayaan ini, meskipun berasal dari pemasukan anggota-anggotanya, namun terpisah dengan harta kekayaan kepunyaan pribadi anggota-anggota itu. Perbuatan pribadi anggota-anggotanya tidak

mengikat harta kekayaan tersebut, sebaliknya, perbuatan badan hukum yang diwakili pengurusnya tidak mengikat harta kekayaan anggota-anggotanya.[523]

Unsur kekayaan yang terpisah dan tersendiri dari pemilikan subjek hukum lain, merupakan unsur yang paling pokok dalam suatu badan untuk disebut sebagai badan hukum (*legal entity*) yang berdiri sendiri. Unsur kekayaan yang tersendiri itu merupakan persyaratan penting bagi badan hukum yang bersangkutan (i) sebagai alat baginya untuk mengejar tujuan pendirian atau pembentukannya. Kekayaan tersendiri yang dimiliki badan hukum itu; (ii) dapat menjadi objek tuntutan dan sekaligus menjadi; (iii) objek jaminan bagi siapa saja atau pihak-pihak lain dalam mengadakan hubungan hukum dengan badan hukum yang bersangkutan.[524]

Dengan adanya unsur keterpisahan harta ini, maka siapa saja yang menjadi pemilik, pendiri dan pengurus badan hukum serta pihak-pihak lain yang berhubungan dengan badan hukum yang bersangkutan, haruslah benar-benar memisahkan antara unsur pribadi beserta hak milik pribadi, dengan institusi dan harta kekayaan badan hukum yang bersangkutan. Karena itu, perbuatan hukum pribadi orang yang menjadi anggota atau pengurus badan hukum itu dengan pihak ketiga tidak mempunyai akibat hukum terhadap harta kekayaan badan hukum yang sudah terpisah tersebut.

Menurut Arifin P. Soeria Atmadja[525], kekayaan badan hukum yang terpisah itu, membawa akibat antara lain:

a. kreditur pribadi para anggota badan hukum yang bersangkutan tidak mempunyai hak untuk menuntut harta kekayaan badan hukum tersebut;
b. para anggota pribadi tidak dapat menagih piutang badan hukum terhadap pihak ketiga;
c. kompensasi antara hutang pribadi dan hutang badan hukum tidak dimungkinkan;
d. hubungan hukum, baik persetujuan maupun proses antara anggota dan badan hukum, dilakukan seperti halnya antara badan hukum dengan pihak ketiga;

523 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 61.
524 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 71.
525 Arifin P. Soeria Atmadja, Op.cit, hal 124.

e. pada kepailitan, hanya para kreditur badan hukum dapat menuntut harta kekayaan yang terpisah.

2. Badan Hukum Memiliki Tujuan Tertentu dan Kepentingan Sendiri

a). Memiliki Tujuan Tertentu

Badan hukum memiliki tujuan tertentu dapat berupa tujuan yang idiil maupun tujuan komersial yang merupakan tujuan tersendiri daripada badan hukum. Jadi, bukan tujuan untuk kepentingan satu atau beberapa orang anggotanya. Usaha untuk mencapai tujuan tersebut dilakukan sendiri oleh badan hukum dengan diwakili oleh organnya. Tujuan yang hendak dicapai itu lazimnya dirumuskan dengan jelas dan tegas dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan.

Setiap badan hukum dipersyaratkan memiliki tujuan tertentu yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Tujuan badan hukum dapat berupa tujuan yang bersifat ideal tertentu, atau pun tujuan yang relatif lebih praktis yang bersifat komersial atau yang berkaitan dengan keuntungan. Misalnya, badan hukum dapat berorientasi mencari keuntungan (*profit-oriented*) atau tidak mencari keuntungan (*non-profit-oriented*). Tujuan-tujuan itu haruslah merupakan tujuan badan hukum sebagai institusi yang terpisah dari tujuan-tujuan yang bersifat pribadi dari para pendirinya atau pun pengurusnya. Karena itu, tujuan-tujuan institusi badan hukum ini sangat penting dirumuskan dengan jelas, sehingga upaya-upaya yang perlu dilakukan untuk mencapainya juga menjadi jelas.[526]

Tujuan dari badan hukum tersebut merupakan tujuan tersendiri dari badan hukum, sehingga tujuan badan hukum bukan merupakan tujuan pribadi dari seorang atau beberapa orang anggota organ badan hukum. Usaha mencapai tujuannya dilakukan sendiri oleh badan hukum sebagai subjek hukum yang mempunyai hak dan kewajiban sendiri dalam pergaulan hukum (*rechts betrekkingen*). Mengingat badan hukum hanya dapat bertindak melalui perantaraan organnya, perumusan tujuan hendaknya ditetapkan

526 Jimly Asshiddiqie, Op.cit, hal 72.

dengan tegas dan jelas. Dengan demikian, tidak menimbulkan penafsiran yang dapat menyulitkan kedudukannya sebagai badan hukum serta sangat penting bagi organ itu sendiri maupun pihak ketiga dalam hubungan antara badan hukum dengan dunia luar. Demikian pula hal ini memudahkan pemisahan apakah tindakan organ masih dalam batas-batas kewenangannya ataukah berada diluarnya, sehingga badan hukum tidak bertanggung jawab terhadap tindakan anggota organ badan hukum tersebut.[527]

Kejelasan hubungan antara usaha dan tujuan itulah yang nantinya akan menentukan lingkup kompetensi atau kewenangan badan hukum itu sendiri sebagai subjek hukum dalam dinamika lalu lintas hubungan-hubungan hukum. Kejelasan ini penting, karena badan hukum hanya dapat bertindak melalui perantaraan organ-organ jabatan yang ada di dalamnya, di mana pemegang jabatan-jabatan itu pada akhirnya adalah orang per orang pengurusnya atau anggotanya. Dengan adanya kejelasan lingkup kompetensi itu, tentu akan mudah untuk membedakan mana perbuatan yang bersifat pribadi dari pengurusnya dan mana perbuatan yang merupakan perbuatan badan hukum itu sebagai subjek hukum (*rechts persoon*).

b). Memiliki Kepentingan Sendiri

Setiap badan hukum dipersyaratkan harus memiliki kepentingan sendiri dalam lalu lintas hukum. Sebagai akibat adanya kekayaan yang tersendiri dan tujuan serta aktivitas tersendiri, maka badan hukum (*rechts persoon*) juga mempunyai kepentingan-kepentingan subjektif yang tersendiri pula dalam pergaulan hukum. Kepentingan-kepentingan subjektifnya itu sendiri dilindungi oleh hukum, sehingga setiap badan hukum dapat mempertahankan kepentingannya itu terhadap pihak lain dalam pergaulan hukum (*rechts betrekking*).

Badan hukum mempunyai kepentingan sendiri yang dilindungi oleh hukum. Kepentingan-kepentingan tersebut merupakan hak-hak subjektif sebagai akibat dari peristiwa-peristiwa hukum. Oleh karena itu, badan hukum mempunyai kepentingan sendiri dan menuntut serta mempertahankannya terhadap pihak ketiga dalam

527

pergaulan hukumnya. Kepentingan sendiri dari badan hukum ini harus stabil, artinya tidak terikat pada suatu waktu yang pendek, tetapi untuk jangka waktu yang panjang.[528]

Setiap badan hukum dalam usaha mencapai tujuannya mempunyai kepentingan tersendiri yang merupakan hak-hak subjektif sebagai akibat dan peristiwa hukum yang dilindungi oleh hukum. Oleh sebab itu, badan hukum dapat menuntut dan mempertahankan kepentingannya terhadap pihak ketiga dalam pergaulan hukum. Mengenai kepentingan badan hukum, Meijers berpendapat kepentingan badan hukum menghendaki adanya suatu kestabilan karena kepentingan yang tidak stabil, seperti organisasi pengumpulan dan untuk bencana alam yang bersifat temporer tidak dapat dikatakan sebagai badan hukum, meskipun dana yang terkumpul oleh panitia bukan merupakan milik panitia, karena organisasi dan pekerjaannya hanya untuk waktu yang singkat saja. Mengingat tidak mempunyai kepentingan yang stabil atau permanen, organisasi panitia tidak memenuhi salah satu syarat untuk menjadi badan hukum.

3. Tanggung Jawab Perbuatan Badan Hukum

Badan hukum adalah subjek hukum yang tidak berjiwa seperti manusia, sehingga badan hukum tidak dapat melakukan perbuatan-perbuatan hukum sendiri, melainkan diwakili oleh orang-orang manusia biasa, namun orang-orang ini bertindak bukan untuk dirinya sendiri, tetapi untuk atas nama badan hukum, orang-orang ini bertindak tetapi untuk atas nama badan hukum ini disebut organ (alat perlengkapan seperti pengurus, direksi dan sebagainya) dari badan hukum yang merupakan unsur penting dari organisasi badan hukum itu.

Badan hukum bukanlah makhluk hidup sebagaimana halnya manusia. Badan hukum kehilangan daya berpikir, kehendaknya, dan tidak mempunyai "*centraal bewustzijn*". Oleh karena itu, ia tidak dapat melakukan perbuatanperbuatan hukum sendiri. Ia harus bertindak dengan perantaraan orang-orang biasa (*naturlijke personen*), tetapi orang yang bertindak itu tidak bertindak untuk dirinya atau untuk dirinya saja, melainkan untuk dan atas pertanggungan gugat badan hukum.[529]

528 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 62.
529 Ali Rido, Op.cit, hal 15.

Ali Rido[530] mengungkapkan kemampuan hukum dari badan hukum, menurutnya karena badan hukum tidak termasuk kategori manusia, maka tidak dapat memperoleh semua hak, tidak dapat menjalankan semua kewajiban, tidak dapat melakukan semua perbuatan hukum yang dapat dilakukan oleh manusia.

(1) Kemampuan hukum atau kekuasaan hukum dari badan hukum dalam lapangan hukum harta kekayaan pada dasarnya menunjukan persamaan penuh dengan manusia selain secara tegas dikecualikan oleh undang-undang, badan hukum dapat membuat perjanjian, mempunyai hak pakai, mempunyai hak cipta, merek, paten dan dapat melakukan tindakan melanggar hukum (Pasal 1365 KUH Perdata), badan hukum juga dapat memakai nama. Pembatasan kemampuan hukum kekayaan ialah hak pakai badan hukum tidak lebih dari tiga puluh tahun.

(2) Dalam hukum keluarga dalam arti sempit badan hukum sama sekali tidak dapat bergerak. Di luar hukum kekayaan, badan hukum dapat menjadi wali.

Pasal 365 KUH Perdata mengatakan:

"Dalam segala hal, bilamana hakim harus mengangkat seorang wali, maka perwalian itu boleh diperintahkan kepada suatu yayasan atau Lembaga amal yang bertempat kedudukan di Indonesia, kepada suatu yayasan atau lembaga amal yang bertempat berkedudukan di sini pula, yang mana menurut anggaran dasarnya, akta-akta pendiriannya atau reglemen-reglemennya berusaha memelihara anak-anak belum dewasa untuk waktu yang lama".

Berbeda juga dengan manusia, badan hukum tidak dapat meninggal dunia akibat bubarnya badan hukum, harta kekayaannya tidak berpindah kepada ahli warisnya sebagaimana pada manusia. Karena badan hukum bukan manusia, maka badan hukum tidak mempunyai ahli waris (Pasal 830 KUH Perdata) dan tidak dapat membuat surat wasiat sebagaimana manusia (Pasal 895 KUH Perdata).

(3) Mengenai penghinaan terhadap badan hukum terdapat dua pendapat yang berbeda. Menurut pendapat Paul Scholten, dalam hukum keperdataan mungkin saja sejauh mengenai kehormatan dan nama baik dari badan hukum yang dilancarkan dengan

530 Ibid, hal 10-14.

sengaja. Karena pada akhirnya berlaku pula bagi manusia yang dilukai dan dihina kehormatan dan nama baiknya, yaitu pengurus dan korporasi juga anggota-anggotanya. Dapat dilakukan penuntutan berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata. Namun Keputusan Mahkamah Agung di Negeri Belanda (H.R.) dalam keputusannya tanggal 16 Pebruari 1891 (W.6083), menetapkan bahwa penghinaan dalam hukum pidana tidak mungkin selain terhadap manusia. Dengan putusan ini berarti Pasal 310 KUH Pidana tidak berlaku bagi badan hukum. Dasar yang dipakai ialah Undang-Undang dari tanggal 16 Mei 1929, S.34 Pasal 2.

Bagaimana organ dari badan hukum itu berbuat dan apa saja yang harus diperbuatnya serta apa saja yang tidak boleh diperbuatnya, semua ini lazimnya ditentukan dalam anggaran dasar badan hukum yang bersangkutan maupun dalam peraturan-peraturan lainnya. Dengan demikian, organ badan hukum tersebut tidak dapat berbuat sewenang-wenang, tetapi dibatasi sedemikian rupa oleh ketentuan-ketentuan atau peraturan-peraturan intern yang berlaku dalam badan hukum itu, baik yang termuat dalam anggaran dasar maupun peraturan-peraturan lainnya.

Tindakan organ badan hukum yang melampaui batas-batas yang telah ditentukan, tidak menjadi tanggung jawab badan hukum, tetapi menjadi tanggung jawab pribadi organ yang bertindak melampaui batas itu, kecuali tindakan itu menguntungkan badan hukum, atau organ yang lebih tinggi kedudukannya kemudian menyetujui tindakan itu. Dan persetujuan organ yang kdudukannya lebih tinggi ini harus masih dalam batas-batas kompetensinya.[531]

Hal ini sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam Pasal 1656 BW yang menyatakan:

> "Segala perbuatan, untuk mana para pengurusnya tidak berkuasa melakukannya, hanyalah mengikat perkumpulan sekadar perkumpulan itu sungguh-sungguh telah mendapat manfaat karenanya atau sekadar perbuatan-perbuatan itu terkemudian telah disetujui secara sah".

Kemudian Pasal 45 KUH Dagang menyatakan:

(1) "Tanggung jawab pengurus adalah tak lebih dari pada untuk menunaikan tugas yang diberikan kepada mereka dengan sebaik-

531 Riduan Syahrani, Op.cit, hal 64.

baiknya; mereka pun karena segala perikatan dari perseroan, dengan diri sendiri tidak terikat kepada pihak ketiga".

(2) "Sementara itu, apabila mereka melanggar sesuatu ketentuan dalam akta, atau tentang perubahan yang kemudian diadakannya mengenai syarat-syarat pendirian, maka, atas kerugian yang karenanya telah diderita oleh pihak ketiga, mereka itu pun masing-masing dengan diri sendiri bertanggung jawab untuk seluruhnya".

Jadi jelas dalam hal organ bertindak di luar wewenangnya, maka badan hukum tidak dapat dipertanggungjawabkan atas segala akibatnya, tetapi organlah yang bertanggung jawab secara pribadi terhadap pihak ketiga yang dirugikan. Dua badan hukum yang semula diwakili organ itu tidak terikat dan tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban oleh pihak ketiga. Lain halnya kalau organ itu bertindak masih berada dalam batas-batas wewenang yang diberikan kepadanya, meskipun terjadi kesalahan yang dapat dikatakan perbuatan melanggar hukum (*onrechtsmatige daad*), badan hukum tetap bertanggung jawab menurut Pasal 1365 BW. Demikian pendapat sebagian besar ahli-ahli hukum, seperti Paul Scholten.[532]

4. Hukum Benda

Di dalam *Burgerlijk Wetboek* (yang selanjutnya disebut BW) ada dua istilah, yaitu benda (*zaak*) dan barang (*goed*).[533] Pengertian yang paling luas dari istilah zaakialah segala sesuatu yang dapat dihaki oleh orang. Di sini benda berarti objek sebagai lawan dari subjek atau orang dalam hukum. Ada perkataan benda itu dipakai dalam artian sempit, yaitu sebagai barang yang terlihat saja, juga dipakai dengan maksud kekayaan seseorang. Jika perkataan benda dipakai dalam arti kekayaan seseorang maka perkataan itu meliputi barang-barang yang tak terlihat yaitu hak, misalnya hak piutang atau penagihan.[534]

Pengertian tentang benda diatur pada Pasal 499 BW bahwa yang dinamakan kebendaan ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai oleh hak milik. Pengertian ini adalah abstrak, yang dinamakan dengan istilah subjek hukum (pendukung dan kewajiban). Kata dapat mempunyai arti yang penting, karena membuka berbagai kemungkinan, yaitu pada saat-saat yang tertentu sesuatu itu belum berstatus sebagai

532 Ibid, hal 65.

533 Badrulzaman, Mariam Darus, Mencari Sistem Hukum Benda Nasional, Bandung: Alumni, 2010,. Hal. 35.

534 Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen,, Hukum Benda, Yogyakarta: Liberty. 1981, hal. 14.

objek hukum, namun pada saat-saat yang lain merupakan objek hukum seperti aliran listrik.[535] Dalam BW memakai istilah *zaak* dipakai dalam dua arti, yaitu pertama dalam arti barang yang berwujud, yang kedua dalam arti bagian dari harta kekayaan.

Merujuk pada ketentuan Pasal 499 BW maka pengertian *zaak* (benda) dalam perspektif BW tidak saja benda berwujud barang (*goed*), namun juga termasuk pula di dalamnya pengertian benda yang tidak berwujud yang berupa hak-hak tertentu dari seseorang. Ini berarti objek dari suatu benda bisa saja hak milik (kepemilikan) intelektual atau hak atas kekayaan intelektual sebagai terjemahan dari *Intellectual Property Right*.[536] Pembagian benda dalam BW relatif lebih banyak dan cukup rinci bila dibandingkan dengan pembagian benda menurut hukum adat yang cukup sederhana, yaitu benda berupa tanah dan benda bukan tanah. Secara garis besar jenis-jenis benda yang dikenal BW adalah sebagai berikut:[537] a. Benda berujud dan benda tak berujud[538]; dan b. Benda bergerak dibedakan atas benda bergerak karena sifatnya menurut Pasal 509 BW, yang kedua benda bergerak karena ketentuan undang-undang menurut Pasal 511 BW, dan benda tidak bergerak dibedakan atas tak bergerak menurut sifatnya[539] dan tak bergerak karena tujuannya[540] ialah segala apa yang meskipun tidak secara sungguh-sungguh digabungkan dengan tanah atau bangunan dimaksudkan untuk mengikuti tanah atau bangunan itu untuk waktu yang agak lama, yaitu misalnya mesin-mesin dalam suatu pabrik, selanjutnya ialah tak bergerak karena memang demikian, diatur dalam Pasal 507 BW, dan tak bergerak menurut ketentuan undang-undang[541] Ini berwujud hak-hak atas benda yang tak bergerak, misal: hak memungut

535 Ibid.

536 Rachamadi Usman, Hukum Kebendaan, Jakarta: Sinar Grafika. 2011, hal. 59.

537 Trisadini P. Usanti, et.al., Buku Ajar Hukum Perdata, Surabaya: FH Universitas Airlangga. 2012, hal. 40.

538 lihat Pasal 503 BW

539 Subekti menjelaskan bahwa adapun benda yang tidak bergerak karena sifatnya ialah tanah, termasuk segala sesuatu yang secara langsung atau tidak langsung, karena perbuatan alam atau perbuatan manusia, digabungkan secara erat menjadi satu dengan tanah itu. Jadi, misalnya sebidang pekarangan, beserta dengan apa yang terdapat di dalam tanah itu dan segala apa yang dibangun di situ secara tetap (rumah) dan yang ditanam di situ (pohon), terhitung buah-buahan di pohon yang belum diambil. Lihat, Subekti, Pokok-Pokok Hukum Perdata, Intermasa. 2003. hal. 61-62.

540 Selanjutnya menurut Subekti bahwa Tidak bergerak karena tujuan pemakaiannya, ialah segala apa yang meskipun tidak secara sungguh-sungguh digabungkan dengan tanah atau bangunan, dimaksudkan untuk mengikuti tanah atau bangunan itu untuk waktu yang agak lama, yaitu misalnya mesin-mesin dalam suatu pabrik.

541 Selanjutnya, ialah tidak bergerak karena memang demikian ditentukan oleh undang-undang, segala hak atau penagihan yang mengenai suatu benda yang tidak bergerak. Ibid.

hasil atas benda tak bergerak, hak memakai atas benda tak bergerak, hipotek dan lain-lain. c. Benda habis pakai dan Benda tidak habis pakai terdapat dalam Pasal 505 BW.

Di samping pembedaan benda menurut Pasal 503, 504 dan 505 di dalam BW ada pembedaan macam-macam benda, yaitu:[542] a. Benda dalam perdagangan dan benda di luar perdagangan;[543] b. Benda yang sudah ada dan benda yang masih akan ada dibagi bersifat relatif dan bersifat mutlak;[544] c. Benda yang dapat dibagi dan benda yang tidak dapat dibagi[545], dan; d. Benda yang dapat diganti dan benda yang tidak dapat diganti.[546]

Dari pembagian akan macam-macam benda yang dikenal dalam BW, Pembagian benda yang penting dan menonjol adalah pembagian benda bergerak dan benda tidak bergerak[547], karena pembagian ini membawa akibat hukum yang berbeda, antara lain dalam pembebanan jaminan atau Bezwaring. Dalam BW sudah cukup rinci tentang macam

542 Ibid.

543 lihat Pasal 1332 BW

544 Lihat Pasal 1334 BW

545 lihat Pasal 1694 BW

546 lihat Pasal 1163 BW

547 Menurut Frieda Husni Hasbullah, pentingnya pembedaan tersebut berkaitan dengan empat hal yaitu penguasaan, penyerahan, kedaluwarsa, dan pembebanan. Keempat hal yang dimaksud adalah sebagai berikut: (1) Kedudukan berkuasa (bezit), Bezit atas benda bergerak berlaku sebagai titel yang sempurna (Pasal 1977 KUHPer). Tidak demikian halnya bagi mereka yang menguasai benda tidak bergerak, karena seseorang yang menguasai benda tidak bergerak belum tentu adalah pemilik benda tersebut. (2) Penyerahan (levering), Menurut Pasal 612 KUHPer, penyerahan benda bergerak dapat dilakukan dengan penyerahan nyata (feitelijke levering). Dengan sendirinya penyerahan nyata tersebut adalah sekaligus penyerahan yuridis (juridische levering). Sedangkan menurut Pasal 616 KUHPer, penyerahan benda tidak bergerak dilakukan melalui pengumuman akta yang bersangkutan dengan cara seperti ditentukan dalam Pasal 620 KUHPer antara lain membukukannya dalam register. Dengan berlakunya Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria ("UUPA"), maka pendaftaran hak atas tanah dan peralihan haknya menurut ketentuan Pasal 19 UUPA dan peraturan pelaksananya. (3) Pembebanan (bezwaring), Pembebanan terhadap benda bergerak berdasarkan Pasal 1150 KUHPer harus dilakukan dengan gadai, sedangkan pembebanan terhadap benda tidak bergerak menurut Pasal 1162 KUHPer harus dilakukan dengan hipotek. Sejak berlakunya Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, maka atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah hanya dapat dibebankan dengan Hak Tanggungan. Sedangkan untuk benda-benda bergerak juga dapat dijaminkan dengan lembaga fidusia menurut Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia. (4) Kedaluwarsa (verjaring), Terhadap benda bergerak, tidak dikenal kedaluwarsa sebab menurut Pasal 1977 ayat (1) KUHPer, bezit atas benda bergerak adalah sama dengan eigendom; karena itu sejak seseorang menguasai suatu benda bergerak, pada saat itu atau detik itu juga ia dianggap sebagai pemiliknya. Terhadap benda tidak bergerak dikenal kedaluwarsa karena menurut Pasal 610 KUHPer, hak milik atas sesuatu kebendaan diperoleh karena kedaluwarsa. Lihat, Frieda Husni Hasbullah, Hukum Kebendaan Perdata: Hak-Hak Yang Memberi Kenikmatan. Ind-Hil-Co. 2005, hal. 45-48.

pembagian jenis benda, namun kenyataannya dalam perkembangan adanya kebutuhan untuk menambah pembagian jenis benda yang baru selain yang sudah kenal dalam BW yakni benda terdaftar dan benda tidak terdaftar.

Dimaksud dengan benda terdaftar adalah benda-benda yang didaftar dalam suatu register umum yang dikelola oleh suatu instansi yang diberi wewenang untuk itu. Benda tidak terdaftar adalah benda-benda yang tidak terdaftar di dalam suatu register umum.[548] Untuk benda terdaftar cenderung mengikuti alur aturan main benda tidak bergerak. Arti penting pembedaan benda terdaftar dan benda tidak terdaftar terletak pada pembuktian kepemilikannya. Benda terdaftar dibuktikan dengan bukti pendaftarannya, umumnya berupa sertifikat atau dokumen atas nama pemilik, seperti tanah, kendaraan bermotor, hak cipta dan sebagainya. Pemerintah lebih mudah melakukan kontrol atas benda terdaftar, baik dari segi tertib administrasi kepemilikan maupun dari pembayaran pajaknya. Benda tidak terdaftar sulit untuk mengetahui dengan pasti siapa pemilik yang sah atas benda itu, karena berlaku asas 'siapa yang menguasai benda itu dianggap sebagai pemiliknya'. Contohnya: perhiasan, alat alat rumah tangga, benda elektronik, pakaian dan sebagainya.[549]

Hak kebendaan *zakelijk recht* ialah hak mutlak atas suatu benda, hak itu memberikan kekuasaan langsung atas suatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapa pun juga. Hak kebendaan lawannya adalah hak perseorangan atau *persoonlijk recht* merupakan bagian dari hukum perdata. Hak kebendaan dalam BW dapat dibedakan: 1. Hak kebendaan yang memberikan jaminan atau *zakelijk zekenheidsrecht* contoh: gadai, hipotek, hak tanggung, fidusia; 2. Hak kebendaan yang memberikan kenikmatan atau *zakelijk genotsrecht* contoh: hak milik, *bezit*.

D. HUKUM KELUARGA

1. Pengertian hukum keluarga

Istilah hukum keluarga berasal dari terjemahan *Familierecht* (Belanda) atau *law of familie* (Inggris). Dalam konsep Ali Afandi,[550] hukum

548 Moch. Isnaeni, Hipotek Pesawat Udara di Indonesia, Surabaya: Dharma Muda. 1996, hal. 19.

549 Departemen Keuangan Republik Indonesia, Badan Pendidikan dan Pelatihan Keuangan, 2009, Modul Hukum Benda. Hal. 5.

550 Ali Afandi, Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian Menurut KUHPerdata, Jakarta: Bina Aksara,

keluarga diartikan sebagai keseluruhan ketentuan yang mengenai hubungan hukum yang bersangkutan dengan kekeluargaan sedarah, dan kekeluargan karena perkawinan (perkawinan, kekuasaan orang tua,perwalian, pengampunan, keadaan tak hadir).

Ada dua hal penting dari konsep Ali Afandi tersebut, bahwa hukum keluarga mengatur hubungan yang berkaitan dengan kekeluargaan sedarah dan kekeluargaan karena perkawinan. Kekeluargaan sedarah adalah pertalian keluarga yang terdapat antara beberapa orang yang mempunyai keluhuran yang sama. Sedangkan kekeluargaan karena perkawinan adalah pertalian keluarga yang terdapat karena perkawinan antara seorang dengan keluarga sedarah dengan istri (suaminya).[551]

Tahir Mahmud, mengartikan hukum keluarga sebagai prinsip-prinsip hukum yang diterangkan berdasarkan ketaatan beragama berkaitan dengan hal-hal yang secara umum diyakini memiliki aspek religius menyangkut peraturan keluarga, perkawinan, perceraian, hubungan dalam keluarga, kewajiban dalam rumah tangga, warisan, pemberian mas kawin, perwalian, dan lain-lain.[552] Definisi Tahir Mahmud tersebut, pada dasarnya mengkaji dua sisi, yaitu tentang prinsip hukum dan ruang lingkup hukum. Sedangkan ruang lingkup kajian hukum keluarga meliputi peraturan keluarga, kewajiban dalam rumah tangga, warisan, pemberian mas kawin, perwalian, dan lain-lain. Apabila diperhatikan, definisi ini terlalu luas, karena menyangkut warisan, yang dalam hukum perdata BW merupakan bagian dari hukum benda.

Dalam definisi ini setidaknya memuat dua hal penting yaitu, kaidah hukum dan substansi (ruang lingkup) hukum. Kaidah hukum meliputi hukum keluarga tertulis dan hukum keluarga tidak tertulis. Hukum keluarga tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang bersumber daru undang-undang, traktat, dan yurisprudensi. Hukum keluarga tidak tertulis merupakan kaidah-kaidah hukum keluarga yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam kehidupan masyarakat. Misalnya, *mamari* dalam masyarakat sasak. Adapun ruang lingkup yang menjadi kajian hukum keluarga meliputi perkawinan, perceraian, harta benda dalam perkawinan, kekuasaan orang tua, pengampunan, dan perwalian.

---

hal. 93.

551 Titik Triwulan Tutik, Op.cit., hal. 73.

552 Salim H. S., Op.cit., hal. 55.

Berdasarkan definisi tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa hukum keluarga pada dasarnya merupakan keseluruhan kaidah hukum baik tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur hubungan hukum yang timbul dari ikatan keluarga yang meliputi:

a) Peraturan perkawinan dengan segala hal yang lahir dari perkawinan
b) Peraturan perceraian
c) Peraturan kekuasaan orang tua
d) Peraturan kedudukan anak
e) Peraturan pengampunan (*curatele*) dan
f) Peraturan perwlian (*voogdij).*

Hukum perdata barat mengandung prinsip bahwa hukum keluarga pada berbagai ketentuannya pada hakikatnya erat hubungannya dengan tata tertib umum. Dengan demikian maka segala tindakan yang bertentangan dengan ketentuan itu adalah batal demi hukum.

Dalam konsepsi hukum pedata Indonesia telah diadakan pernyataan bahwa Hukum Perdata Barat (BW) tidak lagi dianggap sebagai undang-undang yang mutlak berlaku. Ada beberapa pertimbangan yang melandasi ketentuan tersebut antara lain:

1) Ada tendensi bahwa BW mengaju pada alam liberalisme, sehingga perlu ditinggalkan dan menuju alam sosialisme Indonesia.
2) Maklumat Mahkamah Agung tentang tidak berlakunya sementara ketentuan karena tidak sesuai lagi dengan perubahan zaman dan bersifat diskriminatif.
3) Menjadikan jati diri bangsa Indonesia yang pliralitis, sehingga berbeda jauh dengan kondisi alam barat. Misalnya, dengan keberlakuan hukum islam dan hukum adat.[553]

Pada dasanya sumber hukum keluarga dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu sumber hukum keluarga tertulis dan sumber hukum perdata tidak tertulis. Sumber hukum keluarga tidak tertulis merupakan norma-norma hukum yang tumbuh dan berkembang serta ditaati oleh sebagian besar masyarakat atau suku bangsa yang hidup di wilayah Indonesia. Sedangkan sumber hukum keluarga tertulis berasal dari berbagai peraturan perundang-udangan, yurisprudensi, dan perjanjian (traktat).

Sumber hukum keluarga tertulis yang menjadi rujukan di Indonesia meliputi: (1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*);

553 Ali Afandi, Op. Cit., hal. 91.

(2) Peraturan Perkawinan Campuran (*Regelijk op de Gemengdebuwelijk*), Stb. 1898–158; (3) Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen Jawa, Minahasa, dan Ambon (*Huwelijke Ordonnnantie Christen Indonesiers),* Stb. 1933 -74; (4) Undang-Undang No. 32 Tahun 1954 tentang Pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk (beragama Islam); (5) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; (6) Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang Perturan Pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; (7) Peraturan Pemeritah No. 10 Tahun 1983 jo. Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 1990 tentang Izin Perkawinan dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil; dan (8) Instruksi Presiden No. 1 Tahun1991 tentang Kompilasi Hukum Islam di Indonesia yang berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam.[554]

2. Kekuasaan Orang Tua

Seorang anak sah sampai ia mencapai usia dewasa *dewasa atau kawin,* berada di bawah kekuasaan orang tuanya *selama kedua orang tua itu terikat dalam hubungan perkawinan.* Dengan demikian, kekuasaan orang tua itu mulai berlaku sejak lahirnya anak atau [dalam halnya anak luar kawin yang disahkan]. Oleh karena itu, kekuasaan orang tua adalah kekuasaan yang dilakukan oleh ayah dan ibu selama mereka itu terikat dalam perkawinan terhadap anak-anaknya yang belum dewasa. Demikian isi dari Pasal 299. Menurut Pasal 300 kekuasaan orang tua itu biasanya dilakukan oleh si ayah.

Jika bapak berada di laur kemungkinan melakukan kekuasaan itu yang melakukan kekuasaan adalah si ibu.[555]

Selanjutnya Pasal 240 memuat ketentuan bahwa setelah adanya keputusan perpisahan meja dan ranjang. Hakim harus memutuskan siapa diantara orang tua harus melekukan kekuasaan orang tua terhadap anak.

Di dalam hal ini bisa juga kekuasaan orang tua dilakukan si ibu. Mengenai pengertian Jadi belum dewasa perlu duperhatikan pasal-pasal seperti berikut:

Pasal 330: Orang yang belum dewasa adalah orang yang belum mencapai umur 21 tahun dan belum pernah kawin. Jka ia pernah kawin, dan ia masih belum mencapai umur 21 tahun ia tidak kembali dalam kedudukannya sebagai orang belum dewasa.

554 Titik Triwulan Tutik, Op. Cit., hal. 75-76.

555 Ali Afandi, Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian,Jakarta:PT RINEKACIPTA,1997, hal.155.

Jadi inti dari uraian di atas adalah:

1. Belum mencapai umur 21 tahun
2. Belum kawin.

Kembali berbicara tentang kekuasaan orang tua, dari kekuasaan itu diatur dalam Pasal 298-310. Isi dari kekuasaan orang tua itu dibagi menjadi 2 bagian.

1. Kekusaan terhadap pribadi seorang anak,
2. Kekuasaan terhadap kekayaan anak

Tentang kekuasaan tentang peribadi seorang anak terdapat ketentuan sebagai berikut:

Pasal 298 dan 301:

Tiap anak berapa pun umurnya, wajib menghormati dan menyegani orang tuanya. Orang tua wajib memelihara dan mendidik srmua anak yang belum dewasa.

Dan kekuasaan terhadap harta kekayaan anak terdapat ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

Ini dimuat dalam Pasal 307-318, yang perlu diperhatikan ialah pada Pasal 307: Orang yang memegang kekuasaan orang tua harus mengurus harta kekayaan si anak.[556]

3. Perwalian

Anak yang *belum mencapai umur 18 [delapan belas]* tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang *tidak berada di bawah kekuasaan orang tua,* berada di bawah kekuasaan wali. Pewalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya [Pasal 30 UU perkawinan].[557]

Yang dimaksud perwalian adalah pengawasan terhadap pribadi dan pengurusan harta kekayaan seorang anak yang belum dewasa jika anak itu tidak berada di tanah kekuasaan orang tua. Jadi, dengan demikian anak yang orang tuanya telah bercerai atau jika salah satu dari mereka atau semua meninggal dunia, berada di bawah perwalian. Terhadap anak di luar kawin, maka kaerena tidak ada kekuasaan orang tua anak itu selalu di bawah perwalian.

Anak yang berada di bawah perwalian disebut pupil, dan di sini ada 3 jenis perwalian:

556 Ibid. hal.155.

557 Subekti, Op.cit., hal.18.

1. Perwalian menurut undang-undang, yaitu yang disebut dalam Pasal 345.
   Jika salah satu orang tua meninggal maka perwalian demi hukum dilakukan oleh orang tua yang masih hidup terhadap anak kawin yang belum dewasa.
   Pasal 351. Jika yang jadi wali itu si ibu dan ibu ini kawin lagi maka suaminya menjadi kawan wali.
2. Perwalian dengan wasiat.
   Menurut Pasal 355 ditentukan bahwa tiap orang tua yang melakukan kekuasaan orang tua, atau perwalian, berhak mengangkat seorang wali bagi anaknya, jika perwalian itu berakhir pada waktu ia meninggal dunia atau berakhir dengan penetapan hakim. Perwalian seperti ini dapat dilakukan dengan surat wasiat atau dengan akta notaris.
3. Perwalian datif, yaitu apabila tiada ada wali menurut undang-undang atau wali dengan wasiat, oleh hakim ditetapkan seorang wali (Pasal 359).

Jika seandainya telah diputuskan suatu perceraian, maka dengan demikian tiada ada lagi kekuasaan orang tua, dan salah seorang dari orang tua harus di tetapkan sebagai wali.

Jika kedua orang tua semuanya dipecat dari kekuasaan orang tua, maka hakim juga harus menetapkan seorang wali. Menurut ketentuan dalam Pasal 365 maka jika hakim harus menetapkan seorang wali, maka ia dapat juga menetapkan sebagai wali, suatu perkumpulan yang berbadan hukum, suatu yayasan atau lembaga yang bertujuan memelihara anak-anak belum dewasa.

Menurut Pasal 306 harus ada wali pengawas dan ini dilakukan oleh Balai Harta Peninggalan. Selain dari Balai Harta Peninggalan masih ada juga suatu badan, yang disebut Dewan Perwakilan, yang anggotanya sebagian besar terdiri dari anggota Balai Harta Peninggalan, yang tugasnya mengurusi anak yang di percayakan kepadanya (416a).

Ketentuan-ketentuan itu sudah diatur dalam stbld No. 166. Tentang siapa yang dapat ditetapkan sebagai wali ada ketentuan–ketentuan sebagai berikut:

Pasal 332: Tiap orang wajib menerima penetapan sebagai wali, kecuali beberapa orang yang boleh mengajukan keberatan yaitu:

Pasal 332 a: seorang yang diangkat sebagai wali oleh salah satu dari kedua orang tua; seorang perempuan yang bersuami. Keberatan ini harus dinyatakan di kepaniteraan pegadilan negeri.

Pasal 347: orang-orang yang berada di luar negeri dengan tugas pemerintah, anggota-anggota ketentaraan dan angkatan laut; Orang-arang yang bertugas Pemerintah di luar Karesidenan mereka.

Pasal 379: Ini mengenai orang yang sama sekali tidak boleh menjadi wali, diantaranya:

- Pejabat-pejabat pengadilan,
- Orang yang sakit ingatan,
- Orang yang belum dewasa,
- Orang yang di bawah pengampunan,
- Orang yang di pecat yang kekuasaan orang tua atau perwalian,
- Para anggota pimpinan Balai Harta Peninggalan.[558]

Isi dari suatu perwalian ialah: sebagaimana juga di dalam hal kekuasaan orang tua, ada 2 rupa:

Tugas yang mengenai pribadi anak yang di bawah perwalian, dan pengurusan harta kekayaan si anak. Tentang tugas mengenai pribadi seorang anak menurut Pasal 383, maka itu terdiri dari perawatan dan pendidikan anak itu dan juga perwalian di muka pengadilan. Pengurusan harta kekayaan si anak, terdapat ketentuan-ketentuan seperti berikut:

Pasal 335: Tiap wali sebagai jaminan atas pengurusan, harta kekayaan si anak, di dalam waktu 1 bulan setelah perwaliannya mulai barjalan, harus mengadakan tanggungan yang berupa ikatan tanggungan (*borg*), hipotek atau gadai.

Pasal 386: Wali harus mengadakan daftar perincian dari barang kekayaan si anak, di dalam waktu 10 hari setelah mulai perwaliannya berjalan yang harus dihadiri oleh wali pengawas (Balai Harta Peninggalan). Hal-hal tersebut di atas adalah merupakan jaminan, bahwa harta kekayaan si anak dapat pengurusan yang baik.

558 Ali Afandi, Op.Cit, hal 157-158.

Selanjutnya hal-hal yang dapat dan tidak dapat dilakukan adalah seperti berikut:

Pasal 389: Wali harus menjual semua perabotan rumah tangga, dan barang bergerak lainnya yang tidak memberikan hasil, yang jatuh kepada si anak.

Pasal 390: Keharusan menjual tadi tidak berlaku jika perwalian itu dilakukan si ayah atau si ibu yang berhak atas hak petik hasil harta kekayaan si anak, untuk kemudian memberikan barang itu kepada si anak.

Pasal 396: Wali untuk kepentingan si anak tidak boleh meminjam uang, menjual atau menggadaikan barang tak bergerak dari si anak, dan tidak boleh juga ia menjual surat berharga dan piutang, kalau tidak dengan izin Pengadilan.

Pasal 395: Di dalam hal penjualan barang tak bergerak itu diizinkan oleh pengadilan maka penjual itu harus dilakukan di muka umum.

Pasal 400: Wali tidak boleh menyewa atau mengambil dalam hak usaha (*pacht*) barang-barang si anak untuk kepentingan diri sendiri tanpa izin Pengadilan.

Pasal 401: Wali tidak boleh menerima wrisan yang jatuh pada si anak, kecuali dengan hak istimewa akan pendaftaran harta peninggalan

Dalam berakhirnya perwalian dapat ditinjau dari dua segi, yaitu: (dalam hubungan terhadap dengan keadaan anak; dan (2) dalam hubungan dengan tugas wali.[559]

1) Dalam hubungan terhadap dengan keadaan anak

   Dalam hubungan ini, perwalian akan berakhir karena:

   - si anak yang di bawah perwalian telah dewasa (*meenderjarig)*
   - si anak (*meenderjarig)* meninggal dunia
   - timbulnya kembali kekuasaan orang tuanya (*ouderlijkkemacth)* dan
   - pengesahan seorang anak luar kawin.

2) Dalam hubungan dengan tugas wali

   Berkaitan dengan tugas wali, maka perwalian akan berakhir karena:

   - Wali meninggal dunia

559 Ibid, hal. 91

- Dibebaskan atau dipecat dari perwalian (*ontzettng of ontheffing) dan*
- Ada alasan pembebasan dan pemecatan dari perwalian (Pasal 380 B.W).

Sedangkan syarat utama untuk dipecat (*otzet)* sebagai wali, ialah karena disandarkan pada kepentingan *minderjarige* itu sendiri.

Pada setiap perwaliannya, seorang wali wajib mengadakan perhitungan tanggung jawab penutup. Perhitungan ini dilakukan dalam hal:

1. Perwalian yang sama sekali dihentikan yaitu kepada *minderjarige* atau kepada ahli warisnya
2 Perwalian yang dihentikan karena diri (*persoon)* wali, yaitu kepada yang menggantinya dan
3. *Minderjarige* yang sudah berada di bawah perwalian, kembali lagi berada di bawah kekuasaan orang tua, yaitu kepada bapak atau ibu *minderjarige* itu (Pasal 409 B.W).

4. Pengampunan

Dalam KUH Perdata [BW] ada ketentuan-ketentuan tentang apa yang dinamakan "*pengampunan*" *["curatele"]* yang tentunya hanya berlaku bagi mereka yang tunduk pada KUH Perdata [BW].

Orang yang sudah *dewasa* tetapi dungu, sakit otak atau mata gelap harus ditaruh di bawah pengampunan, sekalipun kadang-kadang ia cakap menggunakan pikirannya. Seorang dewasa juga boleh ditaruh di bawah pengampunan karena keborosannya. Setiap keluarga sedarah berhak meminta pengampunan seorang keluarga sedarahnya berdasarkan atas keadaannya: dungu, sakit otak atau mata gelap. Namun berdasarkan keborosannya, pengampunan itu hannya boleh diminta oleh para keluarga sedarahnya.

Akibat ditaruhnya seseorang di bawah pengampunan, perbuatan-perbuatan hukum yang dilakukannya setelah itu semuanya batal demi hukum. Pengadilan akan mengangkat seorang pengampu, sedangkan "pengampu pengawas" adalah Balai Harta Peninggalan.

Pengampunan berakhir apabila sebab-sebab yang mengakibatkannya telah hilang. Acara pembebasan dari pengampunan adalah sama dengan cara yang haru ditempuh sewaktu mengajukan

permohonan untuk menaruh orang itu di bawah pengampunan. Pembebasan dari pengampunan itu juga harus dimuat dalam *Berita Negara.*[560]

5. Adopsi

Adopsi adalah pengangkatan anak oleh seoarang dengan maksud untuk menganggapnya anak itu sebagai anaknya sendiri. Di dalam BW hal yang demikian itu tidak mungkin, karena BW memandang suatu perkawinan sebagai bentuk hidup bersama bukan untuk mengadakan keturunan. Karena adopsi itu di kalangan bangsa Tionghoa suatu perbuatan hukum yang lazim dilakukan, maka soal adopsi ini mendapat pengaturan sendiri yaitu dalam Stbld. 1917-129 Bab II.

Adapun hal-hal yang penting untuk diperhatikan ialah seperti berikut: Adopsi dapat dilakukan oleh suami-istri bersama-sama (Pasal ayat 2). Kalau adopsi dilakukan oleh seorang duda, maka ia harus tidak mempunyai keturunan di dalam garis laki-laki (Pasal 5 ayat 1). Seorang janda yang tidak kawin lagi dapat mengadakan adopsi. Jika dari suaminya yang telah meninggal dunia ia tidak mempunyai keturunan laki-laki [Pasal 5 ayat 3].

Orang yang diadopsi harus berumur paling sedikit 18 tahun lebih muda dari lelaki dan 15 tahun lebih muda dari perempuan bersuami atau janda yang melakukan adopsi (Pasal 7 ayat 1). Jika yang diadopsi itu seorang keluarga sedarah maka dengan diadakannya adopsi itu, anak itu harus menduduki derajat keturunan yang sama terhadap leluhurnya yang sama (Pasal 7 ayat 2) seperti belum diadopsi. Syarat-syarat untuk mengadakan adopsi adalah seperti berikut (Pasal 8):

1) Persetujuan yang melakukan adopsi
2) Persetujuan orang tua atau ayah atau ibu dari orang yang diadopsi
3) Persetujuan dari orang yang diadopsikan sendiri jika ia telah berusia 15 tahun
4) Jika adopsi dilakukan oleh seorang janda maka perlu juga persetujuan dari saudara lelaki yang dewasa dan ayah dari suami yang telah meninggal dunia, dan jika orang-orang ini telah meninggal dunia atau tidak berada di Indonesia, maka harus ada persetujuan dari keluarga laki-laki yang telah dewasa dari pancer ayah suami yang telah meninggal dunia hingga derajat ke-4.

560 Subekti, Op. Cit, hal 20.

Adapun akibat dari adopsi adalah sebagai berikut: Dengan adopsi, orang yang diadopsi itu, jika ia mempunyai nama keluarga lain dari pada orang yang melakukan adopsi, ia harus memakai nama keluarga [syeh] yang melakukan adopsi itu [Pasal II].[561]

Jika adopsi itu dilakukan oleh suami-istri maka anak yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan mereka, jika yang melakukan adopsi itu seorang duda, maka yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan dengan istri yang telah meninggal.

Jika yang melakukan adopsi itu seorang janda, maka orang yang diadopsi itu dianggap lahir di dalam perkawinan dengan suami yang telah meninggal dunia (Pasal 12).

Dengan adopsi, maka hubungan keperdataan yang berdasarkan kepada keturunan darah antara orang yang diadopsi dengan orang tuanya atau keluarganya sedarah dan semenda terputus kecuali di dalam hal:

1. Perderajatan di dalam hubungan kekeluargaan sedarah atau semenda sebagai larangan untuk kawin.
2. Ketentuan-ketentuan di dalam bidang hukum pidana yang berdasarkan keturunan sedarah; (tidak berlakunya pasal-pasal KUHP jika yang melakukan kejahatan itu keluar sendiri. Juga di dalam hal persaksian.
3. Kompensasi ongkos perkara dan *penggelan*.
4. Pembuktian dengan saksi; (ketentuan-ketentun yang mengenai persaksian keluarga).
5. Persaksian di dalam membuat akta otentik (Pasal 14).

6. Keadaan tidak hadir

Keadan tidak hadirnya seorang adalah keadaan di mana seorang meninggalkan tempat tinggalnya dan tidak diketahui di mana orang itu berada. Di dalam keadaan seperti ini terdapat ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

a) Tindakan sementara

Pasal 413. Jika tidak ditinggalkan suatu kuasa kepada seorang wakil untuk mewakilinya atau mengurusi kepentingannya, dan jika ada alasan yang mendesak, maka atas permintaan yang berkepentingan, atas tindakan jaksa, Pengadilan harus mamarintahkan kepada

561 Ali Afandi, Op. Cit, hal 151.

Balai Harta Peninggalan untuk mewakilinya atau mengurusi kepentingan orang yang tidak hadir itu.

b) Peryataan tentang dugaan seorang telah meninggal dunia.

Jika seorang telah sekian lamanya tidak hadir maka harus diperhatikan apakah ia meninggalkan surat kuasa atau tidak. Kalau ia tidak meninggalkan surat kuasa, maka berlaku ketentuan dalam Pasal 467 yang menentukan bahwa, jika keadaan itu telah berlangsung 5 tahun maka atas permintaan yang berkepentingan ia dengan izin pengadilan dipanggil untuk menghadap di muka pengadilan. Kalau orang itu tidak menghadap maka pengadilan diulangi sampai 3 kali dengan antarwaktu 3 bulan.

Pasal 468: Jika atas panggilan yang terakhir itu ia tidak menghadap, maka pengadilan boleh menyatakan orang itu diduga telah meninggal dunia, sejak waktu ia meninggalkan tempat tinggalnya, atau kabar terakhir tentang keselamatanya.

Jika ada surat kuasa, maka menurut Pasal 470 waktu tidak hadir itu harus genap 10 tahun, agar supaya pengadilan dapat mengadakan pernyataan dugaan telah meninggalnya seseorang.

Akibat dari pada pernyataan itu adalah bahwa para ahli waris dapat tampil ke muka untuk menuntut haknya, tapi dengan disertai jaminan agar supaya harta kekayaan berada di dalam pengutusan yang baik.

Demikian ini untuk menghadapi kemungkinan bahwa yang tidak hadir itu datang kembali. Harta warisan dapat dibagi-bagi. Terhadap ini semua harus diadakan jamianan atau tanggungan yang harus disahkan oleh pengadilan. Surat-surat wasiat dapat juga dibuka. Demikian isi Pasal 472.

Pasal 473: Jika tanggungan tiak dapat diberikan, maka harta-harta peninggalan harus duurus oleh pihak ke 3.

Pasal 474: Terhadap harta peninggalan itu para waris mempunyai hak petik hasil.

Pasal 476: Jika yang tak hadir pulang kembali, maka mereka yang telah menerima barang kekayaannya dalam penguasaan atau pengurusan harus melakukan perhitungan, pertanggungan jawab dan penyerahan kepada orang yang pulang kembali tadi.

E. HUKUM PERIKATAN

Perikatan berasal dari bahasa Belanda " *verbintenis*" atau bahasa Inggris "*binding*", yang dalam Bahasa Indonesia selain diterjemahkan sebagai 'perikatan', juga ada yang menerjemahkan sebagai 'perutangan.[562] Sedangkan menurut Subekti mendefinisikan bahwa suatu perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua pihak berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut suatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain itu berkewajiban untuk memenuhi tuntutan tersebut.[563]

Menurut Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, tiap-tiap perikatan itu dilahirkan dari:

a. Perjanjian,
b. Undang-Undang.

Kata " undang-undang" di sini mempunyai arti baik secara formil maupun secara materil meskipun sesungguhnya kata undang-undang itu terjemahan dari bahasa Belanda: *wet* namun dapat diartikan baik menurut peraturan (hukum) tertulis maupun tidak tertulis.

Dalam perikatan minimal ada dua pihak, pihak kesatu sebagai pihak yang berkewajiban sebagai pihak yang berhak. Konsekuensinya, bila suatu prestasi Dalam perikatan tidak dilaksanakan oleh yang berkewajiban atau sebaliknya, maka secara hukum pihak yang dirugikan dapat menuntut pemenuhan janji itu secara paksa atau menuntut ganti rugi.[564]

Pasal 1381 KUH Perdata menentukan beberapa penyebab hapusnya perikatan, yaitu:

1. pembayaran;
2. penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
3. pembaharuan utang;
4. perjumpaan utang atau kompensasi;
5. percampuran utang;
6. pembebasan utangnya;
7. musanahnya barang yang terutang;

562 Sri Soedewi masjhoen Sofran, Op.cit., hal 23.
563 Subekti, "Hukum Perjanjian", Cet Ke XL, PT. Interraasa, 1980 Hal. 27.
564 Ibid, hal 81.

8. kebatalan atau pembatalan
9. berlakunya suatu syarat batal, yang diatur dalam bab kesatu KUH Perdata;
10. lewatnya waktu.

Selain sebab-sebab hapusnya perikatan yang ditentukan oleh Pasal 1381 KUH Perdata tersebut, ada beberapa penyebab lain untuk hapusnya suatu perikatan, yaitu:

1. Berakhirnya suatu ketetapan waktu dalam suatu perjanjian;
2. meninggalnya salah satu pihak dalam perjanjian, misalnya meninggalnya pemberi kuasa atau penerima kuasa (Pasal 1813 KUH Perdata);
3. meninggalnya orang yang memberikan perintah;
4. karena pernyataan pailit dalam perjanjian *maatschap*;
5. adanya syarat yang membatalkan perjanjian.[565]

F. HUKUM PEMBUKTIAN

Menurut Riduan Syahrani, yang dimaksud dengan pembuktian adalah penyajian alat-alat bukti yang sah menurut hukum kepada hakim yang memeriksa suatu perkara guna memberikan kepastian tentang kebenaran peristiwa yang dikemukakan.[566] Lain lagi dengan Subekti yang menyatakan bahwa bahwa membuktikan adalah meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil atau dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan. Pembuktian diperlukan dalam suatu perkara yang mengadili suatu sengketa di muka pengadilan (*juridicto contentiosa*) maupun dalam perkara-perkara permohonan yang menghasilkan suatu penetapan *(juridicto voluntair)*. Dalam suatu proses perdata, salah satu tugas hakim adalah untuk menyelidiki apakah suatu hubungan hukum yang menjadi dasar gugatan benar-benar ada atau tidak. Adanya hubungan hukum inilah yang harus terbukti apabila penggugat menginginkan kemenangan dalam suatu perkara. Apabila penggugat tidak berhasil untuk membuktikan dalil-dalil yang menjadi dasar gugatannya, maka gugatannya tersebut akan ditolak, namun apabila sebaliknya maka gugatannya tersebut akan

565 P.N.H. Simanjuntak, Op.cit., hal. 234.

566 Riduan Syahrani, Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004) hal. 83

dikabulkan.[567]

Dalam Hukum Acara Perdata, pembuktian yang dimaksud menurut penulis, berbeda dengan pembuktian dalam ranah hukum pidana. Dalam hukum pidana, sistem pembuktian yang dianut adalah sistem pembuktian stelsel negatif menurut ketentuan undang-undang (*negatief weterlijk stelsel*) untuk mencari kebenaran materiil (prinsip *beyond reasoble doubt*). Sementara dalam hukum acara perdata, kebenaran yang dicari dan diwujudkan oleh hakim cukup berupa kebenaran formil (*formeel warheid*). Dalam mencari kebenaran formil, prinsip yang patut dipegang oleh hakim antara lain adalah bahwa hakim bersifat pasif, yaitu tidak diperkenankan untuk mengambil prakarsa aktif untuk menambah atau mengajuan pembuktian yang diperlukan. Hal itu merupakan pilihan hak dari masing-masing pihak. Prinsip lain adalah bahwa putusan berdasarkan pembuktian fakta, yaitu ditolak atau dikabulkannya gugatan harus berdasarkan pembuktian dari fakta-fakta yang diajukan oleh para pihak.

1. Pengaturan Pembuktian dalam Hukum Positif

Dalam hukum positif, pembuktian, yang merupakan bagian dari hukum acara perdata, diatur dalam HIR *(Herziene Indonesische Reglement)* yang berlaku di wilayah Jawa dan Madura, Pasal 162 sampai dengan Pasal 177 dan RBg *(Rechtsreglement voor de Buitengewesten)* berlaku di luar wilayah Jawa dan Madura, Pasal 282 sampai dengan Pasal 314. Ketentuan yang menjadi landasan dari pembuktian adalah Pasal 283 RBg/163 HIR yang menyatakan:

> "Barang siapa mengatakan mempunyai suatu hak atau mengemukakan suatu perbuatan untuk meneguhkan haknya itu, atau untuk membantah hak orang lain, haruslah membuktikan adanya perbuatan itu."

Tidak semua dalil yang menjadi dasar gugatan harus dibuktikan kebenarannya, sebab dalil-dalil yang tidak disangkal, apalagi diakui sepenuhnya oleh pihak lawan tidak perlu dibuktikan lagi. Dalam hal pembuktian tidak selalu pihak penggugat saja yang harus membuktikan dalilnya. Hakim yang memeriksa perkara tersebut yang akan menentukan siapa diantara pihak-pihak yang berperkara yang diwajibkan memberikan

567 Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata, Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktik, (Bandung: Penerbit Alumni, 1983) hal. 53.

bukti, apakah pihak penggugat atau pihak tergugat. Dengan perkataan lain hakim sendiri yang menentukan pihak yang mana akan memikul beban pembuktian. Hakim berwenang membebankan kepada para pihak untuk mengajukan suatu pembuktian dengan cara yang seadil-adilnya.[568]

Dalam hukum acara perdata, terdapat beberapa teori pembuktian yang dikenal, yaitu:

1. Teori hukum subjektif (teori hak).
   Dalam teori ini menetapkan bahwa barang siapa yang mengaku atau mengemukakan suatu hak maka yang bersangkutan harus membuktikannya.
2. Teori hukum objektif
   Teori ini mengajarkan bahwa seorang hakim harus melaksanakan peraturan hukum atas fakta-fakta untuk menemukan kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya.
3. Teori hukum acara dan teori kelayakan
   Kedua teori ini bermuara pada hasil yang sama, yakni hakim seyogyanya berdasarkan kepatutan membagi beban pembuktian.[569]

Hukum pembuktian secara formil mengatur bagaimana mengadakan pembuktian seperti yang terdapat dalam HIR/Rbg, sedangkan dalam arti materiil mengatur dapat tidaknya diterima pembuktian dengan alat-alat ukti tertentu di persidangan serta kekuatan pembuktian dari bukti itu. Di sini, hal yang perlu dibuktikan hanyalah hal yang dibantah oleh pihak lawan saja. Hal-hal yang tidak perlu dibuktikan antara lain sebagai berikut:

1. *Notoire feiten*, yakni fakta/keadaan yang diperkirakan sudah diketahui oleh umum.
2. Pengakuan, yaitu bila tergugat mengakui apa yang digugat oleh penggugat
3. *Processueele*, yaitu fakta-fakta yang ditemukan hakim di muka sidang.

2. Alat Bukti dalam Hukum Acara Perdata

Dalam proses pembuktian, tentu saja diperlukan alat bukti untuk untuk mendukung dalil para pihak. Hukum acara perdata, mengatur dalam Pasal 164 HIR, bahwa terdapat 5 alat bukti yang dikenal, yaitu:

568 Ibid, hal 53.
569 Krisna Harahap, Hukum Acara Perdata, (Bandung: Penerbit Grafitri, 2003) hal. 69-70

1. Surat, diatur dalam Pasal 165–169
2. Saksi, diatur dalam Pasal 169–172
3. Persangkaan, diatur dalam Pasal 173
4. Pengakuan, diatur dalam Pasal 174–176
5. Sumpah, diatur dalam Pasal 177

Selain itu, sesungguhnya di luar Pasal 164 tersebut, terdapat dua alat bukti lain yaitu pemeriksaan di tempat atau *descente*, yaitu pemeriksaan mengenai perkara karena jabatannya yang dilakukan di luar gedung atau tempat kedudukan pengadilan agar hakim dapat melihat sendiri dan memperoleh gambaran atau keterangan yang memberi kepastian tentang peristiwa-peristiwa yang menjadi sengketa. Hal ini dijelaskan dalam Pasal 180 RBg/153 HIR ayat (1) yang menyatakan:

> "Jika dianggap dan berguna, maka Ketua dapat mengangkat seorang atau dua orang komisaris daripada pengadilan itu, yang dengan bantuan Panitera akan memeriksa sesuatu keadaan setempat, sehingga dapat menjadi keterangan kepada hakim."

Sedangkan alat bukti yang terakhir diungkapkan oleh Prof. Wirjono Prodjodikoro yaitu Keterangan Ahli. Hal ini juga ditegaskan oleh Pasal 181 RBg/154 HIR ayat (1) yang menyatakan:

> "Jika menurut pertimbangan pengadilan, bahwa perkara itu dapat menjadi lebih terang, kalau diadakan pemeriksaan seorang ahli, maka dapat ia mengangkat seorang ahli, baik atas permintaan kedua belah pihak, maupun karena jabatannya."

Ketentuan mengenai alat bukti lain juga diatur dalam Surat Ketua Mahkamah Agung RI kepada Menteri Kehakiman RI Nomor 37/TU/88/102/Pid tanggal 14 Januari 1988, yang menyatakan bahwa mikrofilm atau *mikrofische* dapat dijadikan alat bukti surat dengan catatan bila bisa dijamin keotentikannya yang dapat ditelusuri dari registrasi maupun berita acara. Selain itu juga dalam Pasal (5) Undang-Undang No. 11 tahun 2008 dinyatakan bahwa Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik dan/atau hasil cetaknya merupakan alat bukti hukum yang sah dan merupakan perluasan dari alat bukti yang sah sesuai hukum acara yang berlaku di Indonesia.

Secara subtansi bahwa filosofi hukum pembuktian dalam sistem pembuktian yang dianut hukum acara perdata, tidak bersifat stelsel negatif menurut undang-undang (*negatief wettelijk stelsel*), seperti

dalam proses pemeriksaan pidana yang menuntut pencarian kebenaran. Kebenaran yang dicari dan diwujudkan dalam proses peradilan pidana, selain berdasarkan alat bukti yang sah dan mencapai batas minimal pembuktian, kebenaran itu harus diyakini hakim.

Prinsip inilah yang disebut *beyond reasonable doubt*. Kebenaran yang diwujudkan benar-benar berdasarkan bukti-bukti yang tidak meragukan, sehingga kebenaran itu dianggap bernilai sebagai kebenaran hakiki.[570] Sistem Pembuktian ini diatur dalam Pasal 183 KUHAP.[571] Namun, tidak demikian dalam proses peradilan perdata, kebenaran yang dicari dan diwujudkan hakim cukup kebenaran formil (*formeel waarheid*). Pada dasarnya tidak dilarang pengadilan perdata mencari dan menemukan kebenaran materiil. Akan tetapi bila kebenaran materiil tidak ditemukan, hakim dibenarkan hukum mengambil putusan berdasarkan kebenaran formil.[572]

570 R. Subekti, Hukum Pembuktian, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 2007, hal. 9.
571 Lihat, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, No. 8 Tahun 1981.
572 M. Yahya Harahap, Hukum Acara Perdata, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hal. 498.

BAB 15

HUKUM INTERNASIONAL

A. PENGERTIAN HUKUM INTERNASIONAL

Harus disadari, sebenarnya banyak sarjana yang mengemukakan pengertian atau batasan tentang hukum internasional. Akan tetapi perlu disadari terlebih dahulu, bahwa batasan atau pengertian tentang hukum internasional dari sarjana yang satu tidak persis sama dengan batasan atau pengertian yang lainnya. Meskipun demikian, dari pengertian atau batasan yang berbeda-beda itu, dapat ditarik perbedaan-perbedaan dan persamaan-persamaannya. Berikut ini beberapa pengertian hukum internasional yang dipaparkan oleh beberapa sarjana:

Hukum internasional adalah kumpulan ketentuan hukum yang berlakunya dipertahankan oleh masyarakat internasional. Sebagai bagian dari hukum, hukum internasional memenuhi unsur-unsur yang menetapkan pengeertian hukum, yakni kumpulan ketentuan yang mengatur tingkah laku orang dalam masyarakat yang berlakunya dipertahankan oleh "*external power*" masyarakat yang bersangkutan.[573]

Mochtar Kusumaatmaja mendefinisikan hukum internasional sebagai keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang menlintasi batas negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata.[574]

Menurut I Wayan bahwa kalau ditelaah lebih lanjut batasan yang dikemukakan oleh Mochtar ini, sebenarnya barulah menunjukkan batas-batas luar dari hukum internasional. Kata-kata kalimat "melintasi batas-batas Negara-negara" tampaknya dimaksudkan untuk menunjukkkan perbedaan antara hukum internasional dengan hukum nasional. Sedangkan dengan adanya kata-kata "yang bukan bersifat perdata" bermaksud untuk menunjukkan perbedaan sifat antara hukum

573 Sugeng Istanto, Hukum Internasional, (Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010), hal. 4-5.
574 Mohtar Kusumaatmadja, Pengantar Hukum Internasional, (Bandung: Alumni,1999), hal. 1.

internasional yang mengatur persoalan-persoalan yang bersifat publik dengan hukum perdata internasional.[575]

Akan tetapi, Mochtar Kusmaatmadja tidaklah berhenti hanya sampai di sini, sebab batasannya tersebut di atas masih dilanjutkannya lagi dengan penambahan batasan lain yang dapat dikatakan menunjukkan ruang lingkup dan subtansi dari hukum internasional, yaitu dalam kesempatan lain, Mochtar menegaskan bahwa hukum internasional adalah keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas Negara antara Negara dengan Negara, dan Negara dengan subjek hukum lain yang bukan Negara atau subjek hukum bukan Negara satu sama lain.[576]

Dari penegasan di atas, tampak dua hal yang ingin disampaikan oleh Mochtar:

> Pertama subjek-subjek hukum internasional oleh ia dibedakan kedalam dua kelompok, yaitu Negara dan subjek hukum bukan Negara.
>
> Kedua: ruang lingkup atau subtansi dari hukum internasional yang menurut Mochtar meliputi:
>
> a. Hubungan atau persoalan hukum antara neara dan negara
> b. Hubungan atau persoalan hukum antara negara dan subjek hukum bukan negara
> c. Hubungan atau persoalan hukum antara subjek hukum bukan negara dan subjek hukum bukan negara satu dengan lainnya.[577]

Hukum internasional dapat didefinisikan sebagai sekumpulan hukum yang sebagian besar terdiri atas prinsip-prinsip dan peraturan-peraturan yang mengatur tentang perilaku yang harus diaati oleh negara-negara, dan oleh karena itu juga harus diaati dalam hubungan-hubungan antara mereka satu dengan lainnya, serta yang juga mencakup:

a. Organisasi internasional, hubungan antara organisasi internasional satu dengan lainnya, hubungan peraturan-peraturan hukumm yang berkenaan dengan fungsi-fungsi lembaga atau antara organisasi internasional dan Negara atau Negara-negara dan hubungan antara organisasi internasional dengan individu atau individu-individu.

575 I Wayan Partehiana, Pengantar Hukum Internasional Kontemporer, (Bandung: Mandar Maju, 2003), hal. 8.
576 Mohtar Kusumaatmadja, Op.cit., hal. 3.
577 I Wayan Parthiana, Op.cit., hal. 9-10.

b. Peraturan-peraturan hukum tertentu yang berkenaan dengan individu-individu dan subjek-subjek hukum bukan Negara sepanjang hak-hak dan kewajiban-kewajiban individu dan subjek hukum bukan Negara tersebut bersangkut paut dengan masalah masyarakat internasional.[578]

Dari pengertian di atas, secara sepintas sudah diperoleh gambaran umum tentang ruang lingkup dan subtansi dari hukum internasional itu sendiri. Di dalamnya terkandung unsur subjek atau pelaku-pelaku yang berperan, hubungan-hubunganhukum antar subjek atau pelaku, serta hal-hal atau objek yang tercakup dalam pengaturannya, serta prinsip-prinsip peraturan hukum yang semuanya terjalin sebagai satu keseluruhan. Berkenaan dengan subjek hukumnya, tampaklah bahwa Negara tidak lagi merupakan stau-satunya subjek hukum internasional, sebagaimana pernah menjadi pandangan yang berlaku umum di kalangan para sarjana hukum internasional pada masa sekitar abad ke-19 dan awal abad ke-20. Ternyata subjek-subjek hukum internasional yang diakui eksistensinya dewasa ini, selain Negara, juga organisasi internasional, individu, dan subjek hukum bukan Negara.

Sedangkan mengenai subtansinya juga tampak bahwa subtansi hukum internasional itu sangat luas, yakni mencakup:

a. Prinsip-prinsip dan peraturan-peraturan hukum yang berkenaan dengan Negara atau Negara-negara, misalnya tentang kualifikasi suatu Negara sebagai pribadi internasional, terbentuknya maupun berakhirnya suatu Negara, peristiwa-peristiwa hukum yang dapat menimpa Negara dan pengaruhnya terhadap eksistensinya, hak-hak dan kewajiban-kewajiban Negara, dan lain-lainnya.
b. Prinsip-prinsip dan peraturan-peraturan hukum yang berkenaan dengan atau yang mengatur persoalan-persoalan tentang hubungan antara Negara dan Negara, seperti perjanjian-perjanjian internasional, hubungan diplomatik dan konsuler, hubungan dalam bidang politik dan ekonimi, dan lain-lainnya.
c. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan organisasi internasional dan fungsi-fungsinya, misalnya, tentang kualifikasi suatu organisasi internasional, kepribadian dan kemampuan hukum suatu organisasi internasional, tentang piagam, atau *statute* suatu organisasi internasional.

578 Ibid., hal. 4.

d. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur hubungan antara organisasi internasional dengan organisasi internasional, seperti perjanjian-perjanjian antara dua atau lebih organisasi internasional, penggabungan atau pun pemisahan suatu organisasi internasional dan semua konsekuensi hukumnya.
e. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur persoalan antara Negara dan organisasi internasional, seperti perjanjian antara Negara dan organisasi internasional.
f. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang berkenaan dengan individu dan subjek-subjek hukum bukan neara, sepanjang hak-hak dan kewajiban mereka itu menyangkut masalah masyarkat internasional.
g. Prinsip-prinsip dan peraturan hukum yang mengatur hubungan antara organisasi internasional dengan individu, antara organisasi internasional dengan subjek hukum bukan Negara, maupun antara subjek hukum bukan Negara satu dengan lainnya.

Patut ditegaskan, bahwa individu atau pun subjek hukum bukan Negara barulah bisa dikatan berkedudukan sebagai subjek hukum internasional apabila hukum internasional secara langsung memberikan atau pun mengakui hak-hak dan kewajiban-kewajiban kepada individu maupun subjek hukum internasional bukan Negara itu.[579]

B. SEJARAH DAN PERKEMBANGAN HUKUM INTERNASIONAL

Pengungkapan sejarah sistem hukum internasional harus dimulai dari masa periode kuno, karena justru pada periode itu kaidah-kaidah yang mengatur hubungan antarmasyarakat internasional berupa adat istiadat. Traktat, kekebalan duta besar, peraturan perang ditemukakan sebelum lahirnya agama Kristen di India dan Mesir Kuno. Di Cina kuno ditemukan aturan penyelesaian melalui arbitrase dan mediasi. Demikian juga di Yunani kuno dan Romawi kuno. Sedangkan sistem hukum internasional merupakan suatu produk dari empat ratus tahun terakhir ini. Pada mulanya berupa adat istiadat dan praktik-praktik negara Eropa

579 Ibid,. 4-6.

modern dalam hubungan dan komunikasi antarmereka dan adanya bukti-bukti pengaruh dari para ahli hukum pada abad ke enambelas, tujuhbelas dan delapan belas. Lagi pula hukum internasional masih diwarnai oleh konsep-konsep kedaulatan nasional, kedaulatan teritorial, konsep kesamaan penuh dan kemerdekaan negara-negara yang meskipun memperoleh kekuatan dari teori-teori politik yang mendasari sistem ketatanegaraan Eropa modern juga dianut oleh negara-negara non Eropa yang baru muncul.[580]

Pada masa Romawi kuno, hukum yang mengatur hubungan antarkerajaan tidak mengalami perkembangan karena masyarakat bangsa-bangsa adalah satu imperium, yaitu Imperium Romawi. Sumbangan utama bangsa Romawi bagi perkembangan hukum pada umumnya dan sedikit sekali bagi perkembangan hukum internasional. Pada masa Romawi ini diadakan pembedaan antara *Ius Naturale* dan *Ius Gentium*. *Ius Gentium* (hukum masyarakat) menunjukkan hukum yang merupakan sub dari hukum alam (*Ius Naturale*). Pengertian *Ius Gentium* hanya dapat dikaitkan dengan dunia manusia, sedangkan *Ius naturale* (hukum alam) meliputi seluruh penomena alam. Sumbangan bangsa Romawi terhadap hukum pada umumnya yaitu dengan adanya *the Corpus Juris Civilis*, pada masa Kaisar Justinianus. Konsep-konsep dan asas-asas hukum perdata yang kemudian diterima dalam hukum internasional seperti *occupation, servitut, bona fides, pactasunt servanda*.

Pada masa kekuasaan Romawi, hukum internasional tidak mengalami perkembangan. Hal ini disebabkan karena adanya Imperium Romawi Suci (*Holly Roman Empire*), yang tidak memungkinkan timbulnya suatu bangsa merdeka yang berdiri sendiri, serta adanya struktur masyarakat eropa barat yang bersifat feodal, yang melekat pada hierarki otoritas yang menghambat munculnya negara-negara merdeka, oleh karenanya tidak diperlukan hukum yang mengatur hubungan antarbangsa-bangsa.[581]

Pada masa abad pertengahan atau biasa disebut sebagai *the Dark Age* (masa kegelapan), hukum alam mengalami kemajuan kembali melalui transformasi di bawah gereja. Peran keagamaan mendominasi sektor-sektor sekuler. Sistim kemasyarakatan di Eropa pada waktu itu terdiri

580 J.G.Starke, Pengantar Hukum Internasional, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal. 16.
581 Ibid,. 9-10

dari beberapa negara yang berdaulat yang bersifat feodal dan Tahta Suci. Pada masa itu munculah konsep perang adil sesuai dengan ajaran Kristen, yang bertujuan untuk melakukan tindakan yang tidak bertentangan dengan ajaran gereja. Selain itu, beberapa hasil karya ahli hukum memuat mengenai persoalan peperangan, seperti Bartolo yang menulis tentang tindakan balas yang seimbang (*reprisal*), Honore de Bonet menghasilkan karya *The Tree of Battles* tahun 1380.[582]

Meskipun pada abad pertengahan hukum internasional tidak mengalami perkembangan yang berarti, sebagai akibat besarnya pengaruh ajaran gereja, tetapi negara-negara yang berada di luar jangkuan gereja seperti di Inggris, Perancis, Venesia, Swedia, Portugal, benih-benih perkembangan hukum internasional mulai bermunculan. Traktat-traktat yang dibuat oleh negara lebih bersifat mengatur peperangan, perdamaian, gencatan senjata dan persekutuan-persekutuan.

Melemahnya kekuasaan gereja yang ditandai dengan upaya sekulerisasi, seperti yang dilakukan oleh Martin Luther sebagai tokoh reformis gereja, dan seiring dengan mulai terbentuknya negara-negara modern. Misalnya, Jean Bodin dalam Buku *Six Livers De la Republique* 1576, mengemukakan bahwa kedaulatan atau kekuasaan bagi pembentukan hukum merupakan hak mutlak bagi lahirnya entitas suatu negara.

Pada akhir abad pertengahan ini, hukum internasional digunakan dalam isu-isu politik, pertahanan dan militer. Hukum mengenai pengambilalihan wilayah berkaitan dengan eksplorasi Eropa terhadap benua Afrika dan Amerika. Beberapa ahli hukum seperti, Fransisco De Vittoria yang memberikan kuliah di Universitas Salamanca Spanyol bertujuan untuk justifikasi praktik penaklukan Spanyol. Ia menulis buku *Relectio de Indies*, yang menjelaskan hubungan bangsa Spanyol dan Portugis dengan bangsa Indian di benua Amerika. Di dalam buku itu juga dikemukakan bahwa negara tidak dapat bertindak sekehendak hatinya, dan *ius inter gentes* (hukum bangsa-bangsa) diberlakukan bukan saja bagi bangsa Eropa tetapi juga bagi semua umat manusia.

Alberico Gentili, dengan hasil karyanya *De Jure Belli Libri Tres* tahun 1598. Hasil pemikirannya lainnya adalah studi tentang hukum perang, doktrin perang adil, pembentukan traktat, hak-hak budak dan kebebasan di laut[583].

582

583 Ibid., 35-36.

Pada abad ke-l5 dan 16, telah terjadi penemuan dunia baru, masa pencerahan ilmu dan reformasi yang merupakan revolusi keagamaan yang telah memporakporandakan belenggu kesatuan politik dan rohani di Eropa dan menguncangkan fundamen-fundamen umat Kristen pada abad pertengahan.

Para ahli hukum pada abad tersebut telah mulai memperhitungkan evolusi suatu masyarakat negara-negara merdeka dan memikirkan serta menulis tentang berbagai macam persoalan hukum bangsa-bangsa. Mereka menyadari perlunya serangkaian kaidah untuk mengatur hubungan antarnegara-negara tersebut. Andai kata tidak terdapat kaidah-kaidah kebiasaan yang tetap maka para ahli hukum wajib menemukan dan membuat prinsip-prinsip yang berlaku berdasarkan nalar dan analogi. Mereka mengambil prinsip-prinsip hukum Romawi untuk dijadikan pokok bahasan studi di Eropa. Mereka juga menjelaskan preseden-preseden sejarah kuno, hukum kanonik, konsep semi teologis dan serta hukum alam.[584]

Hugo De Groot atau Grotius (1583-1645), orang yang paling berpengaruh atas keadaan hukum internasional modern dan dianggap sebagai Bapak Hukum Internasional. Karyanya yang terkenal adalah buku *on the law of war and peace (de jure Belli ac Pacis*) tahun 1625. Hasil karyanya itu menjadi karya acuan bagi para penulis selanjutnya serta mempunyai otoritas dalam keputusan-keputusan pengadilan. Sumbangan pemikirannya bagi perkembangan hukum internasional adalah pembedaan antara hukum alam dengan hukum bangsa-bangsa. Hukum bangsa-bangsa berdiri sendiri terlepas dari hukum alam, dan mendapatkan kekuatan mengikatnya dari kehendak negara-negara itu sendiri. Beberapa doktrin Grotius bagi perkembangan hukum internasional modern adalah pembedaan antara perang adil dan tidak adil, pengakuan atas hak-hak dan kebebasan-kebebasan individu, netralitas terbatas, gagasan tentang perdamaian, konferensi-konferensi periodik antara pengusa-penguasa negara serta kebebasan di laut yang termuat dalam buku Mare Liberium tahun 1609.[585]

Memasuki abad 17-18 Bentuk negara-negara tidak lagi berdasarkan kerajaan tetapi didasarkan atas negara-negara nasional, serta adanya

584 Starke, Op.cit., hal. 11.

585 Jawahir dan Pranoto Iskandar, Op.cit., hal. 39.

pemisahan antara gereja dengan urusan pemerintahan. Dasar-dasar perjanjan Westphalia kemudian diperkuat lagi dengan adanya perjanjian Utrecht, yaitu dengan menerima asas keseimbangan kekuatan sebagai asas politik internasional. Ada kecendrungan dari para ahli hukum untuk lebih mengemukakan kaidah-kaidah hukum internasional terutama dalam bentuk traktat dan kebiasaan dan mengurangi sedikit mungkin hukum alam sebagai sumber dari prinsip-prinsip tersebut.[586]

Hukum internasional berkembang lebih jauh lagi ketika memasuki abad ke 19. Beberapa faktor yang mempengaruhi perkembangan ini adalah adanya kebangkitan negara-negara baru, baik di dalam maupun di luar benua Eropa, Modernisasi sarana angkutan dunia, penemuan-penemuan baru, terutama di bidang persenjataan militer untuk perang. Kesemuanya itu menimbulkan kebutuhan akan adanya sistem hukum internasional yang bersifat tegas untuk mengatur hubungan-hubungan internasional tersebut. Pada abad ini juga mengalami perkembangan kaidah-kaidah tentang perang dan netralitas, serta meningkatnya penyelesaian perkara-perkara internasional melalui lembaga Arbitrase internasional. Praktik negara-negara juga mulai terbiasa dengan pembuatan traktat-traktat untuk mengatur hubungan-hubungan antarnegara. Hasil karya para ahli hukum, lebih memusatkan perhatian pada praktik yang berlaku dan menyampingkan konsep hukum alam, meskipun tidak meninggalkan pada *reason* dan *justice*, terutama apabila sesuatu hal tidak diatur oleh traktat atau kebiasaan.[587]

Hukum internasional mengalami perkembangan yang cukup penting Pada abad ini mulai dibentuk *Permanent of Court Arbitration* pada Konferensi Hague 1899 dan 1907. Pembentukan *Permanent Court of International Justice* sebagai pengadilan yudisial internasional pada tahun 1921, pengadilan ini kemudian digantikan oleh *International Court of Justice* tahun 1948 hingga sekarang. Terbentuk juga organisasi internasional yang fungsinya menyerupai pemerintahan dunia untuk tujuan perdamaian dan kesejahteraan umat manusia, seperti Liga Bangsa Bangsa, yang kemudian digantikan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa. Adanya perluasan ruang lingkup traktat multiulateral tidak saja dibidang sosial ekonomi tetapi juga mencakup perlindungan hak-hak dan kebebasan-kebesasan fundamental

586 J.G.Starke, Op.cit., hal. 13
587 Ibid., 14.

individu. Para ahli hukum internasional lebih memusatkan perhatian pada praktik-praktik dan putusan-putusan pengadilan.[588]

Sejalan dengan perkembangan dalam masyarakat modern, maka hukum internasional dituntut agar dapat mengatur mengenai energi nuklir dan termonuklir, perdagangan internasional. Pengangkutan internasional melalui laut, pengaturan ruang angkasa di luar atmosfir dan di ruang kosmos, pengawasan lingkungan hidup, menetapkan rezim baru untuk eksplorasi dan eksploitasi sumber-sumber daya alam di dasar laut di luar batas-batas teritorial, sistim jaringan informasi dan pengamana data-data komputer serta terorisme internasional.[589]

C. BENTUK-BENTUK HUKUM INTERNASIONAL

Terdapat beberapa bentuk perwujudan atau pola perkembangan yang khusus berlaku di suatu bagian dunia (region) tertentu:[590]

1. Hukum Internasional Regional
   Hukum Internasional yang berlaku/terbatas daerah lingkungan berlakunya, seperti Hukum Internasional Amerika/Amerika Latin, seperti konsep landasan kontinen (*Continental Shelf*) dan konsep perlindungan kekayaan hayati laut (*conservation of the living resources of the sea*) yang mula-mula tumbuh di Benua Amerika sehingga menjadi hukum Internasional Umum.
2. Hukum Internasional Khusus
   Hukum Internasional dalam bentuk kaidah yang khusus berlaku bagi negara-negara tertentu seperti Konvensi Eropa mengenai HAM sebagai cerminan keadaan, kebutuhan, taraf perkembangan dan tingkat integritas yang berbeda-beda dari bagian masyarakat yang berlainan. Berbeda dengan regional yang tumbuh melalui proses hukum kebiasaan. Hukum Internasional merupakan keseluruhan kaidah dan asas yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara antara:
   a. Negara dengan negara

588 Ibid., 14-15
589 Ibid,. 16.
590 (http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_internasional), diakses pada 14 september 2013.

b. Negara dengan subjek hukum lain bukan negara
c. Subjek hukum bukan negara satu sama lain

D. SUMBER-SUMBER HUKUM INTERNASIONAL

Sumber hukum internasional merupakan dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Pada dasarnya, sumber hukum internasional terbagi menjadi dua, yakni sumber hukum formal dan sumber hukum material.

Sumber hukum formal adalah prosedur hukum dan metode bagi pembentukan mengenai aturan untuk pengenaan secara umum mengikat secara hukum kepada pihak-pihak yang dituju. [591] Sumber hukum formal dalam hukum internasional ditegaskan dalam Statuta Mahkamah Internasional pasal 38 ayat (1). Menurut Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional, sumber-sumber hukum internasional yang dipakai oleh Mahkamah dalam mengadili perkara adalah sebagai berikut:[592]

1) Perjanjian Internasional

Perjanjian internasional yang menjadi sumber hukum utama atau primer dari hukum internasional adalah perjanjian internasional (*treaty*) baik berbentuk *law making treaty* maupun yang berbentuk *treaty contract*. *Law making treaty* artinya perjanjian internasional yang menetapkan ketentuan hukum internasional yang berlaku umum. Misalnya, Konvensi Wina tahun 1961 tentang Hubungan Diplomatik dan Konvensi Wina tahun 1963 tentang Hubungan Konsuler. Adapun *treaty contract* artinya perjanjian internasional yang menetapkan ketentuan-ketentuan hukum kebiasaan internasional yang berlaku bagi dua pihak atau lebih yang membuatnya dan berlaku khusus bagi pihak-pihak tersebut.[593]

Perjanjian internasional menjadi hukum terpenting bagi hukum internasional positif karena lebih menjamin kepastian hukum. Di dalam perjanjian internasional diatur pula hal-hal yang menyangkut hak dan kewajiban antara subjek-subjek hukum internasional (antar negara).

591 Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, Hukum Internasional Kontemporer, (Bandung: PT. Refika Aditama, 2006), hal. 53.
592 http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.
593 F Sugeng Istanto, Op.cit., hal. 18.

Dalam membuat suatu perjanjian internasional, hal yang paling penting adalah adanya kesadaran tiap-tiap pihak pembuat perjanjian untuk secara etis normatif mematuhinya.

2) Kebiasaan Internasional

Kebiasaan internasional (*international custom*) adalah kebiasaan yang terbukti dalam praktik umum dan diterima sebagai hukum. Contohnya, penyambutan tamu dari negara-negara lain dan ketentuan yang mengharuskan pemasangan lampu bagi kapal-kapal yang berlayar pada malam hari di laut bebas untuk menghindari tabrakan.

3) Prinsip Hukum Umum

Yang dimaksud prinsip-prinsip hukum umum di sini adalah prinsip-prinsip hukum yang mendasari sistem hukum modern, yang meliputi semua prinsip hukum umum dari semua sistem hukum nasional yang bisa diterapkan pada hubungan internasional. Dengan adanya prinsip hukum umum, Mahkamah Internasional diberi keleluasaan untuk membentuk dan menemukan hukum baru. Dengan demikian, tidak ada alasan bagi Mahkamah Internasional untuk menyatakan *nonliquet* atau menolak mengadili karena tidak adanya hukum yang mengatur persoalan yang diajukan.

4) Keputusan Pengadilan

Keputusan pengadilan yang dimaksud sebagai sumber hukum internasional menurut Piagam Mahkamah Internasional Pasal 38 ayat (1) sub d adalah pengadilan dalam arti luas dan meliputi segala macam peradilan internasional maupun nasional termasuk di dalamnya mahkamah dan komisi arbitrase. Mahkamah yang dimaksudkan di sini adalah Mahkamah Internasional Permanen, Mahkamah Internasional, dan Mahkamah Arbitrase Permanen.

Keputusan pengadilan nasional yang berkaitan dengan persoalan yang menyangkut hubungan internasional dapat dijadikan sebagai bukti dari telah diterimanya hukum internasional oleh pengadilan nasional di negara yang bersangkutan. Selain itu, keputusan pengadilan nasional di berbagai negara mengenai hal yang serupa dapat dijadikan bukti dari apa yang telah diterima sebagai hukum. Hal ini sangat memengaruhi

perkembangan hukum kebiasaan internasional. Perlu Anda pahami bahwa putusan badan-badan penyelesaian sengketa seperti putusan badan peradilan dan putusan badan arbitrase lazim disebut sebagai yurisprudensi.

5) Pendapat Para Sarjana Terkemuka di Dunia

Pendapat para sarjana terkemuka di dunia dapat dijadikan pegangan atau pedoman untuk menemukan apa yang menjadi hukum internasional, terlebih bagi sarjana yang bertindak dalam suatu fungsi yang secara langsung berkaitan dengan upaya penyelesaian persoalan hukum internasional. Pendapat tersebut misalnya sebagai berikut:

a. Para sarjana terkemuka yang menjadi Panitia Ahli Hukum (*Committe of Jurists*) yang diangkat oleh Liga Bangsa-Bangsa pada tahun 1920 untuk memberikan pendapatnya mengenai masalah Kepulauan Aaland.
b. Para sarjana hukum terkemuka yang menjadi anggota Panitia Hukum Internasional (*International Law Commission*) Perserikatan Bangsa-Bangsa.
c. Para sarjana hukum internasional terkemuka di bidang kodifikasi dan pengembangan hukum internasional yang dilakukan di bawah naungan organisasi bukan pemerintah (swasta) seperti *International Law Association, Institute de Droit International* dan banyak usaha serupa lainnya.[594]

Adapun sumber hukum material adalah materi-materi atau bahan-bahan yang membentuk atau melahirkan kaidah/norma tersebut, sampai dinamakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat.[595] Sumber hukum formal merupakan sumber hukum yang membahas materi dasar tentang substansi dari pembuatan hukum itu sendiri atau prinsip-prinsip yang menentukan isi ketentuan hukum internasional yang berlaku. Dalam pengertian ini, contoh sumber hukum material adalah prinsip bahwa setiap pelanggaran perjanjian menimbulkan kewajiban untuk memberikan ganti rugi. Korban perang harus diperlakukan secara manusiawi dan setiap perjanjian harus ditepati dengan penuh kejujuran (*pacta sunt servanda*).[596] Sumber hukum material juga dapat diartikan

594 http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.
595 Jawahir Thontowi dan Pranoto Iskandar, Op.cit., hal. 53.
596 F Sugeng Istanto, Op.cit., hal. 19.

sebagai dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Ada beberapa teori yang menjelaskan dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional. Teori-teori tersebut seperti berikut:

1) Teori Hukum Alam

   Menurut para penganut ajaran hukum alam, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah karena hukum internasional tersebut merupakan bagian dari hukum yang lebih tinggi, yaitu hukum alam. Ajaran hukum alam telah berhasil menimbulkan keseganan terhadap hukum internasional dan telah meletakkan dasar moral dan etika yang berharga bagi hukum internasional, juga bagi perkembangan selanjutnya.

2) Teori Kedaulatan

   Menurut aliran teori kedaulatan, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah kehendak negara itu sendiri untuk tunduk pada hukum internasional. Tokoh-tokoh dalam teori kedaulatan antara lain Hegel dan George Jellineck dari Jerman.

3) Teori Objektivis

   Menurut aliran teori objektivis, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah suatu norma hukum, bukan kehendak negara. Pendiri aliran atau teori ini dikenal dengan nama mazhab Wiena. Ajaran mazhab Wiena mengembalikan segala sesuatunya kepada suatu kaidah dasar (*grundnorm*). Tokoh mazhab Wiena adalah Hans Kelsen (dari Austria) yang dianggap sebagai bapak mazhab Wiena.

4) Teori Fakta Kemasyarakatan

   Menurut teori ini, dasar kekuatan mengikatnya hukum internasional adalah fakta kemasyarakatan yang terdiri atas faktor biologis, sosial, dan sejarah kehidupan manusia. Hal ini didasarkan atas sifat alami manusia sebagai makhluk sosial yang memiliki hasrat atau naluri untuk selalu bergabung dengan manusia yang lain.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

Adji, Indriyanto Seno, *Korupsi: Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Jakarta: CV. Diadit Media, 2005.

Afandi, Ali, *Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian Menurut KUHPerdata,* Jakarta: Bina Aksara.

Afandi, Ali, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian*, Jakarta:PT RINEKACIPTA, 1997.

Agustino, Leo, ""Pemilihan Presiden Secara Langsung untuk Indonesia", dalam *Analisis CSIS, Di Ambang Krisis Konstitusi?*, Jakarta, Tahun 2002 No.2.

Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum* (*Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*), Cet. II,Jakarta: PT Gunung Agung, 2002.

Ali, Chidir, *Badan Hukum*. Bandung: 1987.

Arief, Barda Nawawi dan Muladi, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni,1984.

Arief, Barda Nawawi, *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fak. Hukum UNDIP, Semarang: 1999.

Arinanto, Satyo, "Pemilihan Presiden Secara Langsung: Beberapa Catatan," dalam Analisis CSIS, *Isu-isu Strategis Internasional dan Domestik*, Jakarta, Tahun 1997 No.2.

Aristoteles, *La Politica*, diterjemahkan kedalam bahasa inggris oleh Benjamin Jowett dan diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Syamsur Irawan Kharie, *Politik*, Jakarta Selatan: Visi Media, 2008.

Asshiddiqie, Jimly, *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah* (*telaah perbandingan konstitusi berbagai negara*), Cet.1, Jakarta: UI-PRESS, 1996.

----------, *Hubungan Antar Lembaga Negara Pasca perubahan uud 1945*, Bahan ceramah pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpim) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara. Jakarta: 2008.

----------, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.

----------, Konstitusi dan Hak Asasi Manusia, Makalah, Bahan disampaikan pada *Lecture* Peringatan 10 Tahun KontraS. Jakarta: 26 Maret 2008.

----------, *Konstitusi dan Hukum Tata Negara Adat*, Makalah, Disampaikan sebagai bahan Keynote Speech pada Seminar Nasional tentang Konstitusi Kesultanan-Kesultanan Islam di Jawa Barat dan Banten. UIN Gunung Djati, Bandung: 5 April 2008.

----------, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004.

----------, *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: Penerbit Kompas, 2010.

----------, *Menuju Negara Hukum yang Demokratis.* Jakarta, PT Bhuana Ilmu Populer. (Selanjutnya: Jimly III) 2009. Disadur dari George N. Sabine, A *History A Political Theory.* Third Edition, (New York-Chicago-San Fransisco-Toronto London; Holt, Rinehart and Winston, 1961).

----------, Orasi Ilmniah pada Dies Natalis Universitas Negeri Jember ke-47, Jember: Senin, 14 November, 2011.

----------, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2009

----------, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid I, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.

----------, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid II, Setjen dan Kepeniteraan Mahkamah Konstitusi R.I. (Selanjutnya Jimly II). Jakarta: 2006.

----------, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi, Setjen dan Kepaniteraan MKRI*, Cetakan Kedua, Jakarta: 2006.

----------, *Struktur Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan Keempat UUD Tahun 1945*, Makalah Disampaikan dalam

Simposium yang dilakukan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman dan HAM, 2003.

Astuti, Fuji, Dkk. *Hukum Tata Pemerintahan*, Jakarta: Pusat Penerbitan Universitas Terbuka, 2004.

Atmosudirdjo,Pradjudi, *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia. 1988.

Audah, Abdul Qadir. *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, 5 jilid, alih bahasa Ahsin Sakho Muhammad, dkk, ed. Ahsin Sakho Muhammad, dkk., Jilid II, Jakarta: PT. Kharisma Ilmu, 2008.

Azhary, Muhammad Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: Prenada Media, 2004.

Azhary, Tahir, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsio-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, cet. kedua, Jakarta: Kencana, 2004.

Bammelen, Mr. J.M. Van Hukum Pidana I, Bandung: Bina Cipta, 1987.

Bogdan, Michael, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum* (Penerjemah: Derta Sri Widowatie), Bandung: Nusa Media, 2010.

Budiarjo, Miriam, Dasar-dasar Ilmu Politik, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1992.

Budiarjo,Miriam, *Hak Asasi Manusia Dalam Dimensi Global*, Jurnal Ilmu Politik, Jakarta:No. 10, 1990.

Busroh, Abu Daud Busroh dan Abu Bakar, *Asas-asas Hukum Tata Negara*, Ghalia Indonesia, 1991.

Chazawi, Adami, *Hukum Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Bandung: Alumni, 2008.

----------, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 3*, Jakarta: PT raja Grafindo Persada, 2002.

Darus, Mariam dan Badrulzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, Bandung: Alumni, 2010.

Departemen Keuangan Republik Indonesia, *Badan Pendidikan dan Pelatihan Keuangan*, 2009.

Dicey, A.V, *Introduction to the study of the law of the constitution*, (Mc Milan and CO.,Limited St. Martin's Street, London, 1952. Diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Nurhadi, *Pengantar Studi Hukum*

Konstitusi, Bandung: Nusamedia, 2008.

Dirdjosisworo, Soedjono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2010.

Djamali, R.Abdoel, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006.

Djazuli, *Fiqh Jinayah* (*Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam*), Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997.

Efendi, Sofyan acara Dies Natalis ke 18 Universitas Wangsa Manggala, Yogyakarta, pada 9 Oktober 2004 dengan tema *Revitalisasi Nilai Luhur Budaya Bangsa Sebagai Landasan Jatidiri Bangsa Indonesia*".

Fahmal, Muin, *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*, Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2008.

Faiz, Pan M., Menabur Benih Constitutional complaint, http://www.the celi.com. diakses pada 20 Februari 2014.

Farid, Zainal Abidin, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika: Jakarta, 2007.

Fasyah, Kemal dan Toni Andrianus Pito, Efrisa, *Mengenal Teori-teori Politik- Dari Sistem Politik sampai Korupsi*, Cet.I; Bandung: Penerbit Nuansa, 2006

Fatah, Eep Saefulloh, *Masalah dan Prospek Demokrasi di Indonesia*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.

----------, *Zaman Kesempatan*: *Agenda-agenda Besar Demokratisasi Pasca-Orde Baru*, Bandung: Mizan, 2000.

Fauzan,M dan Ahmad Kamil, *Kaidah-Kaidah Yurisprudensi*, Jakarta: Prenada Media, 2004.

----------, *Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Mahkamah Agung, 1995.

Friedman, M. Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1975, Diterjemahkan kedalam Bahasa Indonesia oleh M. Khazim, *Sistem Hukum- Perspektif Ilmu Sosial,* Bandung: Nusa Media, 2009.

Fuady, Munir, *Perbuatan Melawan Hukum*: *Pendekatan Kontemporer*, Bandung: Citra Adiya Bakti, 2005.

Garner, Bryan A, Black's Law Dictionary, Eight Edition,West Publishing Co, St. Paul Minn, 2004.

Halim, A. Ridwan, *Hukum Perdata Dalam Tanya Jawab*, Cetakan Kedua, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985.

Hamzah, Andi, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 1994.

Hanafi, Ahmad, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1990.

Harahap M. Yahya, *Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005.

Harahap, Krisna, *Hukum Acara Perdata*, Bandung: Penerbit Grafitri, 2003

Harrop, Martin dan Rod hague, *Comperative Government and Politics an introduction*, 5 ed, New York: Palgrave, 2001.

Hart, H.L.A. The Concept of Law, Clarendo Press-Oxford: New York, 1197, diterjemahkan oleh M. Khozim, Konsep Hukum, Bandung: Nusa Media, 2009.

Hasbullah, Frieda Husni, *Hukum Kebendaan Perdata: Hak-Hak Yang Memberi Kenikmatan*. Ind-Hil-Co. 2005.

HR, Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2002.

HS, *Salim*, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis* (*BW*), Jakarta: Sinar Grafika, 2003.

Huda, Chairul, "*Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan'*", Jakarta: Prenada Media, 2006.

Husaini, S. Ahmed Waqar *Islamic Enviromental System Engineering*, diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin, *Sistem Pembinaan Masyarakat Islam*, Bandung: Pustaka Salman ITB, 1983.

Husak, Douglas, *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Ibrahim, Harmaily dan Moh. Kusnardi, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Cet. VII; Jakarta: PT Budi Chaniago, 1988.

Imaniyati, Neni Sri, *Hukum Bisnis: Telaah tentang Pelaku dan Kegiatan Ekonomi*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009.

Iskandar, Pranoto dan Jawahir Thontowi, *Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: PT.Refika Aditama, 2006.

Isnaeni, Moch. 1996, *Hipotek Pesawat Udara di Indonesia*, Surabaya: Dharma Muda.

Istanto, Sugeng, *Hukum Internasional*, Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya, 2010

Iver, Mac, *The Modern State*, Oxford University Press, t.t. diterjemahkan

kedalam bahasa Indonesia Oleh Moertono, *Negara Modern*, Jakarta: Bina Aksara, 1988.

Jamal, Adnan, *Konfigurasi Politik dan Hukum Institusionalisasi Judial Review di Indonesia*, Makassar: Pustaka Refleksi, 2009.

Jan, Rammelink, *Hukum Pidana*: *Komentar Atas Pasal-Pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama: 2003.

Jonkers, J.E., Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht),terj. Tim Penerjemah Bina Aksara, "Hukum Pidana Hindia Belanda", Jakarta: PT. Bina Aksara, 1987.

Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, 2001

Kamus Hukum, Citra Umbara, Bandung, 2008.

Kansil, CST, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kedelapan, Jakarta: Balai Pustaka, 1989.

Kant, Immanual, *first and second principle* dalam Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Services, Selangor: 2005.

Karakamisheva, Tanja, *Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice* (Case Study – Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia),

Kartanegara, Satochid. *Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah*, Balai Lektur Mahasiswa, Tanpa Tahun.

Kartohadiprodjo, Soediman, *Pengantar Tata Hukum di Indonesia*, Jakarta: PT Pembangunan, 1986.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State,* New York: Russell & Russell, 1961.

Komariah, *Hukum Perdata*, Malang: UMM Press, 2002.

Kurnia, Mahendra Putra, *Hukum Kewilayahan Indonesia*, *Harmonisasi Hukum Pengembangan Kawasan Perbatasan NKRI Berbasis Teknologi Geospasial*, Malang: UB Press, 2011.

Kusniati, Retno, *Sejarah Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia dalam Kaitannya dengan Konsepsi Negara Hukum*, Makalah disampaikan pada Bimbingan Teknis HAM Kantor Wilayah Kementrian Hukum dan HAM Jambi di Hotel Ceria Jambi tgl 24 Mei 2011.

Kusumaatmadja, Mochtar, *Pembinaan Hukum Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjajaran; Bandung: diedarkan oleh Penerbit Bina Cipta, 1986.

Kusumaatmadja, Mohtar, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Alumni,1999

L.Panggabean, S.R. Sianturi dan Mompang, *Hukum Penitensia di Indonesia*, Jakarta: Alumni AHAEMPETEHAEM, 1996.

Lamintang, P.A.F. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar Baru, 1984.

Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sumur Batu, 1983.

----------, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997.

Lestari, Maria Maya, *Penyelesaian Sengketa Pemilu Legislatif Berdasarkan Jenis Pelanggarannya*, dalam Jurnal Konstitusi Universitas Riau Vol 2, No 01, 2008.

Lijphart, Arend, *Parliamentary versus Presidential Goverment*; diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia oleh Ibrahim R.dkk, *Sistem Pemerintahan Parlementer dan Presidensial*, Cet. 1, Ed.1; Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1995.

Machmudin, Dudu Duswara, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bandung: Refika Aditama, 2010.

Manan, Bagir, *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia*, Bandung: Alumni, 2001.

Marpaung, Laden, *Asas-Teori-Praktik Hukum Pidana*, Cet.II; Jakarta: Sinar Grafika, 2005.

Marzuki, Muh. Laica *Otonomi Daerah dan Implikasinya Bagi Peradilan Tata Usaha Negara, Dalam Jurnal Meritokrasi*, Vol. 1. No. 1.

Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana, 2009.

Mas'udi, Masdar Farid, *Syara UUD 1945 Perspektif Islam*, Tanggerang Selatan: Pustaka Alvabet, 2013.

Mauna, Boer, *Hukum Internasional Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam era Dinamika Global*, Bandung: Alumni, 2000.

Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum; Suatu Pengantar,* Yogyakarta: *Liberty*, 2005.

----------, *Penemuan Hukum; Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2007,

Mochamad Munir, 1998, *Penegakan Hukum Dalam Masyarakat*, Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, dalam buku berjudul Menuntaskan Agenda Reformasi; Dinamika Pembangunan Hukum di Indonesia, Setara Press dan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang: 2008.

Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*: Edisi Revisi, Jakarta: Rineka Cipta, 2008.

Moeljatno, *Delik-Delik Percobaan, Delik-Delik Penyertaan*, Jakarta: PT Bina Aksara, 1985.

Moeljatno, KUHP, Jakarta: PT Bumi Aksara, 2003,

Mubarak, Jaih, *Kaidah-Kaidah Fiqh Jinayah*, Bandung: Bani Quraisy, 2004.

Muchsin, *Ikhtisar Hukum Indonesia*, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2005.

Muhtaj, El Majda, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Jakarta: Prenada Media, 2005.

Muslich, Ahmad Wardi, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam: Fikih Jinayah,* Jakarta: Sinar Grafika, 2004.

Mustofa, Bachsan, *Sistem Hukum Indonesia Terpadu*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.

Na'a, Suprin dan I Gede Pantja Astawa, *Memahami Ilmu Negara dan Teori Negara*, Bandung: Refika Aditama, 2009,

Napitupulu, Paimin, Peran *dan Pertanggungjawaban DPR Kajian di DPRD Provinsi DKI Jakarta*, Bandung: PT Alumni, 2005

Nasution, Bahder Johan, *Pemahaman Konseptual tentang Hukum Administrasi Negara dalam Konteks Ilmu hukum*, Jurnal Demokrasi Vol. VI No. 1 Th. 2007.

Oeripkartawinata Iskandar dan Retnowulan Sutantio, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktik*, Bandung: Penerbit Alumni, 1983.

Oxford Learner's Pocket Dictionary; New Edition Oxford University Press, 2003.

Partehiana, Wayan, *Pengantar Hukum Internasional Kontemporer*, Bandung: Mandar Maju, 2003

Poernomo, Bambang, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.

Pramono, Sidik, et.al. *Penanganan Sengketa Pemilu*. Kemitraan bagi

Pembaruan Tata Pemerintahan, Jakarta:2011.

Prodjodikoro, Wirjono, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia, Jakarta: Penerbit P.T. Eresco, 1981.

----------, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2003.

----------, *Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia*, Jakarta: Dian Rakyat, 1989.

Professor Smilko Sokol, Ph.D., Professor Branko Smerdel Ph.D., "*Constitutional Law*", Informator, Zagreb, 1998.

Pudjosewojo, Kusumadi, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, cet. ke-10, Jakarta: Sinar Grafika, 2004.

Purbacaraka, Purnadi, *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional (suatu orientasi)*, Edisi I, Jakarta: CV Rajawali, 1983.

Purbopranoto, Kuntjoro, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: 1985.

Putra, I.B.Wyasa dan Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung: Mandar Maju, 2003.

Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung: Angkasa, 1994.

Rido, Ali, *Badan Hukum Dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*, Bandung: Alumni, 2004.

Saleh, K.Wantjik, *Pelengkap KUH Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985.

Saleh, Roeslan, *Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Jakarta: Aksara Baru, 1983.

Salim HS, dalam Sri Soedewi Masjchoen, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW),* Jakarta: Sinar Grafika, Cetakan kelima,, 2008.

Samidjo. *Ilmu Negara,* Bandung: Armico. 1986

Schmid, Von, *Grote Dankers Over Staat en Recht*. Diterjemahkan oleh R. Wiratno, et.al., dengan judul *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum*, Pembangunan: Jakarta: 1988,

Scholten, Asser, "Algemeen Deel", cetakan kedua, 1934, dalam J.H.A. Logemann, Over de Theorie van Eeen Stellig Staatsrecht (1948), diterjemahkan menjadi *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif*, Jakarta: Ichtiar Baru-Van Hoeve, 1975.

Sekretariat Negara R.I., *Risalah Sidang Badan Penyelidik Usaha-Usaha Kemerdekaan (BPUPK) dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia 28 Mei – 22 Agustus 1945*. Jakarta: Sekretariat Negara

R.I., 1998

Simanjuntak, P.N.H. *Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia*, Jakarta: Djambatan, 2009.

Smith K, Rhona et al, *Hukum HAM*, Yogyakarta: Pusham UII, 2009.

Sodik, Achmad dan Juniarso Ridwan, *Tokoh-Tokoh Ahli Pikir Tentang Negara dan Hukum; dari Zaman Yunani Kuno Sampai Abad ke-20*, Cet. Pertama, Bandung: Nuansa, 2010.

Sodiki, Achmad dalam Chad Vickery, ed., *Pedoman Untuk Memahami, Menamgani, dan Menyelesaikan Sengketa Pemilu*, diterjemahkan oleh Ay San Harjono (Washington: IFES, 2006).

Soehino, *Ilmu Negar*a, Cet. III; Yogyakarta: Penerbit Liberty Yogyakarta, 2000.

Soekanto, Soerjono, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007.

----------, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Jakarta: Bhratara, 1973.

Soemantri, Sri, *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia*, Jakarta: Sinar harapan, 1993.

----------, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi,* Bandung: Alumni, 1987.

Soesilo, R. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal, Bogor: Politeia, 1996.

Soetami, Siti, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, 2001.

Soetoprawito, Koerniatmanto, *Konstitusi: Pengertian dan Perkembangannya*, Pro Justitia, No. 2 Tahun V, Mei 1987.

Sofran, Sri Soedewi masjhoen, *Pengantar Hukum Perdata Internasioanal Indonesia*, Bina Cipta, 1987.

Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen, Hukum Benda, Yogyakarta: Liberty. 1981,

Starke, J.G., *Pengantar Hukum Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.

Stiftung, Friendrich Naumann bekerja sama dengan PAKARTI, CETRO (Center for Electoral Reform), *Apa dan Bagaimana Pemilu 2004 Panduan Untuk Pemilih Kritis*,YAPIKA.

Strong, C.F, *Modern Political Constitution: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*, The English Book Society and Sidwigck & Jackson Limited London 1966, diterjemahkan kedalam bahasa Indonesi oleh SPA Teamwork, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Studi Perbandingan tentang Sejarah dan Bentuk-Bentuk Konstitusi di Dunia*, Bandung: Nusa Media, 2008.

Subekti, "Hukum Perjanjian", Cet Ke XL, PT. Interraasa, 1980.

Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa,1995.

Subekti, R. *Hukum Keluarga dan Hukum Waris*,Jakarta:PT Intermasa,1990.R. Subekti, *Hukum Pembuktian*, Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2007.

----------, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Intermasa. 2003

Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1981.

Sulistyo, Hermawan, *Pembantaian Massal yang Terlupakan*, 2000.

Supardjaja, Komariah Emong, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Alumni, 2002.

Suparni, Niniek, *Eksistensi Pidana Denda dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Jakarta: Sinar Grafika, 1996.

Syahrani, Riduan, Seluk Beluk Dan Asas-Asas Hukum Perdata, Bandung: Alumni, 1985.

----------, *Buku Materi Dasar Hukum Acara Perdata*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004.

Syahrizal, Ahmad dan Jimly Ashiddiqie, *Peradilan Konstitusi di 10 Negara*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012.

Tas, H. Van der dan M.E. Tair, *Kamus Bahasa Belanda, Indonesia-Belanda*, Jakarta: Timun Mas, 1957.

Thaib, Dahlan dkk., *Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi*, cet. kelima, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2005.

Thaib, Dahlan, *Implementasi Sistem Ketatanegaraan Menurut UUD 1945*, Yogyakarta: Liberty, 1993.

Thompson, Brian, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, edisi ke-3, London: Blackstone Press ltd., 1997.

Tim Redaksi Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Tesaurus Bahasa Indonesia Pusat Bahasa, Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta, 2008.

Tirtaamidjaja, *Pokok-Pokok Hukum Pidana*, Jakarta: Fasco, 1955.

Triwahyuningsih, *Pemilihan Presiden Langsung Dalam Kerangka Negara Demokrasi Indonesia*, Yogyakarta: Tiara Wacana Yogya, 2001.

Tutik, Titik Triwulan, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, Jakarta: Prenada Media Group, 2008.

----------, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional,* Jakarta: Kencana.

----------, *Pengantar Hukum Perdata di Indonesia*, Jakarta: Prestasi Pustakan, 2006.

Undang-Undang No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (Lembaran Negara Tahun 2004 Nomor 114, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4429).

Undang-Undang No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 137, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4250).

Undang-Undang No. 32 Tahun 2002 tentang Penyiaran (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 139, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4252).

Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 No. 39, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 3889).

Undang-Undang NO.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 33,Tambahan Lembaran Negara Nomor 3817), Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingah Usaha.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2007 Tentang Penyelenggara Pemilu dan telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2011 Tentang Penyelenggara Pemilu.

Usanti, P., Trisadini et.al., *Buku Ajar Hukum Perdata*, Surabaya: FH Universitas Airlangga. 2012.

Usman,Rachamadi, *Hukum Kebendaan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

Utrecht, E., *Hukum Pidana II*, Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1987.

Utrecht. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Jakarta: Ichtiar. 1962.

Weissbrodt, David, *Hak-Hak Asasi: Tinjauan dari Perspektif Sejarah,*

dalam Peter Davies, Hak Asasi Manusia: Sebuah Bunga Rampai, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 1994.

Wheare,K.C., *Modern Constitutions*, Oxford University Pres, 1996. Diterjemahkan Oleh Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Surabaya: Pustaka Eureka, 2003.

Zoelva, Hamdan, *Pemakzulan Presiden di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

WEBSITE

http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.

http://budisma.web.id/sumber-hukum-internasional.html, diakses pada 14 september 2013.

http://docs.perpustakaan-elsam.or.id/ruu_kuhp/. Diakses 19 Februari 2014.

http://en.wikipedia.org/wiki/Raison_d%27%C3%AAtre pada hari Sabtu 24 September 2011 Pukul 23.19 WITA.

http://icnie.org/2009/05/ombudsman/hari Minggu 27 November 2011 jam 19.18 Wita).

http://id.wikipedia.org/wiki/Hukum_internasional, diakses pada 14 september 2013.

http://id.wikipedia.org/wiki/Ombudsman (diakses pada hari Minggu 27 November 2011 jam 19.20 Wita)

http://www.artikata.com/arti-127854-ombudsman.html hari Minggu 27 November 2011 jam 19.17 Wita).

http://www.cetro.or.id/mpr/sistempemilu.pdf, download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014,

http://www.cetro.or.id/pustaka/pp14.html, "Sistem Pemilu," *download* Pkl. 17.45 WIB, Tgl 18 Februari 2014,

http://www.elsam.or.id/article.php. Diakses pada 23 februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf., "Sistem Pemilu," download Pkl 20.25 WIB, Tgl 17 Februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publication/system_pemilu.pdf, "Sistem Pemilu," *download* Pkl 17.55 WIB, Tgl 18 Februari 2014.

http://www.ideaindo.or.id/download/publications/system_pemilu., pdf,

"Sistem Pemilu," download Pukul 13.45 WIB, Tgl 17 Februari 2014 http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf. di akses 5 Februari 2014.